

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
MESTRADO EM DIREITO ECONÔMICO E SOCIOAMBIENTAL**

FELIPE TADEU RIBEIRO MORETTINI

**CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO E CUSTOS DE
TRANSAÇÃO: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO STF, DO STJ E DOS
TRIBUNAIS FEDERAIS BRASILEIROS**

CURITIBA

2014

FELIPE TADEU RIBEIRO MORETTINI

**CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO E CUSTOS DE
TRANSAÇÃO: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO STF, DO STJ E DOS
TRIBUNAIS FEDERAIS BRASILEIROS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito. Área de concentração: Direito Econômico e Socioambiental, na linha de pesquisa “Estado, Atividade Econômica e Desenvolvimento Sustentável”, da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Emerson Gabardo

CURITIBA

2014

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central

M845c
2014 Morettini, Felipe Tadeu Ribeiro
Contrato de concessão de serviço público e custos de transação : uma
análise da jurisprudência do STF, do STJ e dos tribunais federais brasileiros /
Felipe Tadeu Ribeiro Morettini ; orientador, Emerson Gabardo. – 2014.
157 f. : il. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná,
Curitiba, 2014

Bibliografia: f. 144-152

1. Direito. 2. Concessões administrativas. 3. Revisão judicial. 4. Serviço
público. 5. Jurisprudência. 6. Tribunais. 7. Brasil. Supremo Tribunal Federal.
8. Brasil. Superior Tribunal de Justiça. I. Gabardo, Emerson. II. Pontifícia
Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito.
III. Título.

CDD 20. ed. – 340

FELIPE TADEU RIBEIRO MORETTINI

**CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO E CUSTOS DE
TRANSAÇÃO: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO STF, DO STJ E DOS
TRIBUNAIS FEDERAIS BRASILEIROS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito. Área de concentração: Direito Econômico e Socioambiental, na linha de pesquisa “Estado, Atividade Econômica e Desenvolvimento Sustentável”, da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de mestre em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Professor Doutor Emerson Gabardo
(Orientador)

Professor Doutor Fernando Dias Menezes de Almeida
(Convidado – USP)

Professora Doutora Marcia Carla Pereira Ribeiro
(Membro – PPGD)

Curitiba, 28 de março de 2014.

AGRADECIMENTOS

Após alguns anos afastado da universidade, senti a imensa vontade de retornar aos estudos. Esta motivação não estava relacionada apenas aos novos horizontes profissionais que me seriam abertos ou à produção do conhecimento científico que seria resultado do meu trabalho, mas, principalmente, à minha evolução como ser humano, pois acredito piamente que o desenvolvimento do conhecimento pode proporcionar isto a quem o busque. Durante o período de pesquisa e elaboração desta dissertação, descobri que, tão importante quanto o resultado final, o processo no qual ele ocorre é composto de pessoas que são determinantes neste caminho em busca do autoconhecimento, seja pelo apoio em momentos de dúvida, seja pela transferência de experiências adquiridas ao longo da vida. Assim, são a estas pessoas que peço licença para realizar meus agradecimentos.

Agradeço primeiramente aos meus pais, David e Maria, por todo amor e incentivo que me deram durante minha vida, incondicionalmente, e que me permitiram trilhar sempre o caminho mais correto, sonhando em alçar voos cada vez mais altos.

Meu agradecimento especial ao Professor Emerson Gabardo, com o qual tive o privilégio de ser orientado na elaboração deste trabalho. A admiração que adquiri ao longo destes meses vai além do profissional competente e acadêmico exemplar e reside na enorme capacidade de compreensão e ensinamento que me foram dados.

Ao amigo Ricardo Antônio Serrano Osório, sempre companheiro das horas difíceis, gostaria de agradecer por me ensinar a persistir e a lutar em meio às adversidades.

Por fim, agradeço ao amor da minha vida, Mariana, que, além de ter sido tão paciente e compreensiva com as minhas fraquezas, ensinou-me a dar sentido e importância ao que antes eu ignorava e que tanto me fazia falta.

CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO E CUSTOS DE TRANSAÇÃO: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO STF, DO STJ E DOS TRIBUNAIS FEDERAIS BRASILEIROS

RESUMO

O atual quadro de turbulência da economia mundial fez com que fatores de imprevisibilidade de toda ordem, econômica, social e política, aumentassem os riscos relativos aos contratos de concessão de serviço público, levando frequentemente as partes a resolverem seus conflitos no Poder Judiciário com o objetivo de suprir omissões ou alterações contratuais não previstas. Tendo como pano de fundo questões que dizem respeito ao equilíbrio econômico-financeiro contratual e ao interesse público, este trabalho identifica a tendência de resposta que as cortes federais e superiores atribuem para cada caso, o que tem grande importância para aumentar a segurança dos contratantes. Neste sentido, a realização de uma análise jurisprudencial objetiva da existência ou não de interferência judicial nos contratos de concessão de serviço público, bem como a forma como isto ocorre e as causas para tanto, coloca em evidência os custos de transação que impactam a relação contratual. Isto certamente contribui para a diminuição de tais custos e dos riscos com aumento da previsibilidade, o que por sua vez, estimula o desenvolvimento por meio do aumento do fluxo de transações econômicas atreladas a tais contratos. O trabalho se divide, basicamente, em duas partes, a primeira trata das questões teóricas envolvendo o contrato de concessão de serviço público, seu controle judicial e os custos de transação que lhes são envoltos, e a segunda trata do método de pesquisa quantitativa e estatística, eminentemente descritivos, para análise jurisprudencial, e de um modelo teórico que permite analisar o ambiente institucional em que as decisões judiciais são dadas. A partir da análise obtida por este método, verifica-se que, apesar do ambiente institucional com vários pontos de veto, os magistrados têm adotado uma posição relativamente ativista no controle dos contratos de concessão, ou seja, acreditam ser possível a alteração das cláusulas pactuadas, preenchidas certas condições, mas, no entanto, isto não ocorre e os juízes tendem a respeitar o inicialmente pactuado.

Palavras-chave: Direito e economia - Desenvolvimento econômico – Controle Judicial – Contratos de Concessão – Custos de transação.

**PUBLIC SERVICE CONCESSION CONTRACTS AND TRANSACTION COSTS : AN
ANALYSIS OF JURISPRUDENCE OF STF, STJ AND THE BRAZILIAN FEDERAL
COURTS**

ABSTRACT

The current picture of turbulence in the world economy has made all of unpredictability, economic, social and political factors to increase the risks relating to public service concession contracts, often leading the parties to resolve their conflicts in the Judiciary with the objective to supply omissions or unanticipated changes inside these contracts. Against the backdrop of issues that relate to contractual economic-financial balance and the public interest, this work identifies the trend of response that federal and superior courts attach to each case, which has great importance to increase the safety of contractors. In this sense , the achievement of an objective judicial analysis of whether or not judicial interference in the award of public service contracts as well as how this occurs and causes for both, highlights transaction costs that impact the contractual relationship. This certainly contributes to the reduction of such costs and risks with increased predictability, which in turn stimulates the development by increasing the flow of economic transactions linked to them. The work is basically divided into two parts, the first deals with theoretical issues involving the concession of public service, its judicial control and the transaction costs that are enveloped them, and the second is the method of quantitative research and statistics, eminently descriptive, for jurisprudential analysis, and a theoretical model that allows us to analyze the institutional environment in which judicial decisions are given. From the analysis obtained by this method, it appears that, despite the institutional environment with multiple veto points, the judges have adopted a relatively activist position in control of concession contracts, or believe the change of the agreed clauses can be, subject to certain conditions, but nevertheless this does not occur and judges tend to respect the initially agreed.

Keywords : Law and economics - Economic Development - Judicial Control - Concession - Transaction costs

APRESENTAÇÃO

Os contratos de concessão de serviço público são extremamente relevantes para o desenvolvimento, este entendido em qualquer ponto de vista, seja estritamente sob o viés do crescimento econômico, seja sob a idéia de mudança estrutural no qual se adiciona o elemento social, pois tais contratos estão estritamente ligados à efetivação dos serviços pela Administração ou por quem lhe faça as vezes na garantia dos direitos fundamentais. Por ser um contrato de longa duração e influenciado pelos diversos fatores que lhe são externos, como imprevisibilidades de toda ordem, econômica, social e política, existem riscos relativos a tais acordos, o que leva frequentemente as partes contratantes a resolverem suas demandas no Poder Judiciário, instituição cujo objetivo, dentre outros, é garantir o pactuado no intuito de suprir omissões ou alterações contratuais não previstas.

A partir das concepções adotadas na Nova Economia Institucional (NEI), que leva em conta o Poder Judiciário como uma instituição relevante nas transações econômicas, e da Análise Econômica do Direito (AED), questões relacionadas às razões invocadas pelos magistrados em suas decisões referentes aos contratos de concessão de serviço público, como o equilíbrio econômico-financeiro contratual e o interesse público, são abordadas neste trabalho, o qual procura identificar uma tendência de resposta que as cortes federais e superiores atribuem para cada caso, o que tem grande importância para aumentar a segurança dos contratantes, aumentando a probabilidade de que as cláusulas contratuais iniciais sejam inalteradas. Assim, pretende-se responder à indagação de como e em que medida o Poder Judiciário influi nos custos de transação dos referidos contratos. A realização de uma análise jurisprudencial objetiva da existência ou não de interferência judicial nos contratos de concessão de serviço público, bem como a forma como isto ocorre e as causas para tanto, coloca em evidência os custos de transação que impactam a relação contratual, o que certamente contribui para diminuição de riscos com aumento da previsibilidade, induzindo o desenvolvimento por meio do aumento do fluxo de transações econômicas que lhes são envolvidas, essencialmente ligadas à infraestrutura.

A hipótese fundamental levantada foi a de que as decisões judiciais sobre os contratos de concessão de serviço público alteram ou de alguma forma modificam os termos iniciais ajustados pelas partes quando a avença é levada à análise do Judiciário, o que afeta negativamente os seus custos de transação, gerando imprevisibilidade em relação ao paradigma oposto, ou seja, quando não há alteração contratual realizada pelo Poder Judiciário.

Para confirmar tal hipótese, outras foram levantadas no decorrer dos capítulos desta dissertação, como: a de que o Poder Judiciário influi nas relações econômicas; a de que a redefinição do papel do Estado e da Administração levou à transferência à iniciativa privada de atividades ligadas ao setor de infraestrutura, aumentando a quantidade de contratos de concessão de serviço público dentro de um novo contexto regulatório, o que gerou diversos conflitos colocados ao Poder Judiciário; a de que o contrato de concessão de serviço público é o mais utilizado pelo Estado brasileiro na busca do desenvolvimento neste novo contexto regulatório; a de que, atualmente, os magistrados têm adotado uma posição ativista no controle dos contratos de concessão; e a de que os magistrados tendem a alterar ou anular o contrato, principalmente sob o argumento de prevalência do interesse público.

Para verificar estas hipóteses com vistas a responder à proposição fundamental, este trabalho se dividiu, basicamente, em duas partes, sendo que a primeira lida com as questões teóricas envolvendo o contrato de concessão de serviço público, seu controle judicial e os custos de transação que lhes são envoltos, bem como sua relevância para o desenvolvimento, o que será realizado em quatro capítulos. No primeiro capítulo foram colocados alguns contornos da idéia de desenvolvimento e a importância dos contratos de concessão de serviço público no seu alcance. O capítulo seguinte tratou das relações entre Direito e Economia, da Análise Econômica do Direito e o Poder Judiciário, uma vez que a visão adotada pela NEI exige a análise das instituições que cercam o problema citado. O terceiro capítulo diz respeito especificamente aos custos de transação do contrato de concessão de serviço público, no qual serão também abordados os princípios e regras a eles atinentes para que sejam formados os parâmetros posteriores de análise. O capítulo 4, por fim, adentra nos diversos problemas teóricos envoltos no controle judicial do contrato de concessão de serviço público, como as razões invocadas para modificação contratual e o controle judicial dos atos discricionários, discutindo-se, ao final, a questão da previsibilidade e custos de transação associados ao controle judicial.

A segunda parte desta dissertação é dividida em 2 capítulos e trata do método de pesquisa quantitativa e estatística, eminentemente descritivos, para análise jurisprudencial, e de um modelo teórico que permite analisar o ambiente institucional em que as decisões judiciais são proferidas, bem como a própria análise dos dados coletados. O capítulo 5 esmiúça a metodologia e técnica para análise das decisões judiciais, discutindo as diversas objeções quanto à utilização da pesquisa quantitativa nas ciências sociais e estabelecendo como ela será operacionalizada, considerando, inclusive, as instituições ligadas ao problema. O capítulo 6, por sua vez, traz a análise final dos dados e os resultados obtidos, relacionando-

os aos custos de transação ligados ao ambiente institucional e à preferência e ao comportamento das cortes, o que permite realizar um juízo de valoração quanto à previsibilidade de alteração pela jurisprudência acerca dos contratos de concessão de serviço público.

A partir da análise obtida por este método, verificou-se que, apesar do ambiente institucional com vários pontos de veto, os magistrados têm adotado uma posição relativamente ativista no controle dos contratos de concessão, ou seja, acreditam ser possível a alteração das cláusulas pactuadas, preenchidas certas condições, mas, no entanto, isto não ocorre na prática e os juízes tendem a respeitar o inicialmente pactuado. Esta verificação demonstra que as decisões judiciais sobre os contratos de concessão de serviço público pouco afetam seus custos de transação, sendo que, devido ao ambiente institucional e à preferência dos juízes, confirma-se uma tendência de que o contrato seja mantido conforme pactuado, apesar de existirem tanto prerrogativas da Administração pública para o rescindir ou o alterar, quanto a possibilidade de comportamentos oportunistas dos concessionários, o que refuta a hipótese fundamental aventada.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

QUADRO 1: Custos de transação associados à preferência das cortes (CT2)	119
QUADRO 2: Custos de transação associados desenho institucional do Judiciário (CT1)	121
QUADRO 3: Custos de transação do contrato de concessão de serviço público associados ao desenho Institucional do Judiciário (CT1)	123
QUADRO 4: Custos de transação do contrato de concessão de serviço público associados à preferência e ao comportamento das cortes (CT2)	127

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AED	- Análise Econômica do Direito
BNDES	- Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
coord.	- Coordenador
CPC	- Código de Processo Civil
CT1	- Custos de Transação de primeira ordem
CT2	- Custos de Transação de segunda ordem
ed.	- Edição
IPEA	- Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
NEI	- Nova Economia Institucional
Obs.	- Observação
org.	- Organizador
PIB	- Produto Interno Bruto
STF	- Supremo Tribunal Federal
STJ	- Superior Tribunal de Justiça
TRE	- Teoria da Regulação Econômica
TRF's	- Tribunais Regionais Federais
TRF1	- Tribunal Regional Federal da 1ª Região
TRF2	- Tribunal Regional Federal da 2ª Região
TRF3	- Tribunal Regional Federal da 3ª Região
TRF4	- Tribunal Regional Federal da 4ª Região
TRF5	- Tribunal Regional Federal da 5ª Região

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
CAPÍTULO 1 CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DO DESENVOLVIMENTO	
1.1 ALGUNS CONTORNOS DA IDÉIA DE DESENVOLVIMENTO	20
1.2 O CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DENTRO DA IDÉIA DE DESENVOLVIMENTO	31
CAPÍTULO 2 RELAÇÕES ENTRE DIREITO E ECONOMIA, ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E O PODER JUDICIÁRIO	
2.1 UMA BREVE ANÁLISE DO DIÁLOGO ENTRE A CIÊNCIA JURÍDICA E A CIÊNCIA ECONÔMICA E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	42
2.2 O PODER JUDICIÁRIO SOB A PERSPECTIVA DA NEI E DA AED	57
CAPÍTULO 3 OS CUSTOS DE TRANSAÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO	
3.1 CUSTOS DE TRANSAÇÃO DOS CONTRATOS	68
3.2 PRINCÍPIOS E REGRAS REFERENTES AOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO E CUSTOS DE TRANSAÇÃO A ELES LIGADOS	78
CAPÍTULO 4 CONTROLE JUDICIAL DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO	
4.1 RAZÕES INVOCADAS PARA MODIFICAÇÃO CONTRATUAL E O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS	86
4.2 PREVISIBILIDADE E CUSTOS DE TRANSAÇÃO ASSOCIADOS AO CONTROLE JUDICIAL DO CONTRATO DE CONCESSÃO	102
CAPÍTULO 5 METODOLOGIA E TÉCNICA PARA ANÁLISE DAS DECISÕES DECISÕES JUDICIAIS	
5.1 METODOLOGIA DE PESQUISA	107
5.2 TÉCNICA DE PESQUISA	114
CAPÍTULO 6 ANÁLISE DOS DADOS E RESULTADOS	
6.1 CUSTOS DE TRANSAÇÃO LIGADOS AO AMBIENTE INSTITUCIONAL	123
6.2 CUSTOS DE TRANSAÇÃO LIGADOS À PREFERÊNCIA E AO COMPORTAMENTO DAS CORTES	126

6.2.1 Possibilidade e o grau de interferência do Judiciário no contrato de concessão	127
6.2.2 Razão invocada na decisão	130
6.2.3 Controle judicial do ato discricionário da Administração	133
6.3 JUÍZO DE VALORAÇÃO QUANTO À PREVISIBILIDADE DA JURISPRUDÊNCIA ACERCA DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO	135
CONCLUSÕES	137
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	144
ANEXOS	153

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento econômico é frequentemente destaque em qualquer meio de comunicação. Entendido em sua vertente quantitativa, ou seja, como crescimento, ou como processo de modificação de ordem qualitativa e quantitativa da estrutura econômica e da sociedade,¹ diversos fatores macroeconômicos, como os juros, o Produto Interno Bruto (PIB) ou a inflação, são discutidos pelos analistas financeiros com o intuito de assegurar o seu aumento ou estabilização. Dentre tais fatores, certamente o investimento em infraestrutura e a expansão da prestação de serviços, principalmente daqueles efetuados em parceria com o setor privado via contrato de concessão, adquirem relevância por estarem ligados à efetivação dos direitos fundamentais. Para atrair o investimento privado nesta área, na qual há insuficiente alocação de recursos, é necessário um ambiente favorável com a menor quantidade de risco possível garantido por instituições sólidas. Em outras palavras, os agentes econômicos desenvolvem seus negócios em um ambiente regulado por instituições que, portanto, influenciam diretamente nas decisões de mercado. Neste aspecto, o Direito está umbilicalmente associado à Economia na medida em que não existem fatos econômicos não influenciados pelas instituições criadas e asseguradas por ele.

Partindo-se dessa associação entre Economia, Direito e instituições, a escola teórica da Nova Economia Institucional (NEI) ligada à ciência econômica inclui estas últimas, sejam formais ou informais, e sua atuação no ambiente econômico, quando da análise do fato econômico. Analisa-se a interação entre os agentes de acordo com instituições como o Poder Judiciário e, a partir daí, compreende-se o processo regulatório para sanar as falhas do mercado, que estariam relacionadas às possíveis fragilidades das instituições.² Para a NEI, duas são principalmente relevantes no processo relacionado às decisões econômicas em um ambiente regulado pelo Direito: os contratos e o Poder Judiciário.

Os contratos em geral funcionam como intermediadores diretos das transações econômicas, sendo essenciais para o fluxo de negociações, principalmente por formalizar a transmissão da propriedade e criar segurança para os acordos celebrados após a tomada das referidas decisões. Dentre a ampla gama de contratos existentes, é importante definir qual contrato tem maior efetividade para aumentar o ritmo de transações econômicas com vistas à

¹ NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia – introdução ao Direito econômico**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 349.

² SOUZA, Alexandre Campos Gomes. **Ensaio sobre regulação monetária e financeira**. 2009. 205 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009, pp. 31-34

alcançar os objetivos desejados pela sociedade, principalmente no que se refere ao desenvolvimento econômico. Ou seja, para uma atuação mais precisa do formulador de políticas públicas, é necessário definir qual contrato celebrado pela Administração é o mais utilizado na busca pelo desenvolvimento.

Como ponto de partida, e aqui ainda não se colocam em pauta os outros tipos contratuais administrativos, pode-se dizer que o contrato de concessão de serviço público é de extrema importância, pois viabiliza a concretização de políticas públicas em quaisquer setores, principalmente os ligados à infraestrutura, o que o torna uma das principais instituições envolvidas neste processo. Analisando-se a função do contrato em busca do desenvolvimento, portanto, impossível não tratar do contrato de concessão de serviço público, cujo valor é de extrema importância na realização das escolhas políticas do Estado.³

A afirmação das instituições garantidoras destes contratos também é fundamental neste processo, o que coloca o Poder Judiciário, sob o enfoque da NEI, em destaque. Com efeito, os sistemas judiciais podem afetar os chamados custos de transação, que seriam “o custo gerado por uma transação em uma troca no mercado aberto”⁴ relacionados negativamente a estes acordos. Os agentes econômicos privados somente irão fazer investimentos de longo prazo se estiverem seguros de que os contratos de concessão serão garantidos pelo Estado na forma previamente definida.⁵

Assim, considerando que a instituição Poder Judiciário influencia diretamente a instituição contrato em relação aos seus custos de transação, coloca-se a questão: em que medida as decisões judiciais sobre tais contratos afetam seus custos?

A indagação ganha relevância especialmente nos setores de infraestrutura em que os contratos têm investimentos vultosos e de longa duração, sendo incompletos por natureza,⁶ onde o Poder Judiciário é chamado a preencher as lacunas deixadas pelos contraentes. Percebe-se, assim, esta instituição influenciando sensivelmente as decisões econômicas, uma vez que os prejuízos advindos da dificuldade de interpretar e obrigar a execução destes contratos são contabilizados no cálculo econômico.

Neste ponto, importante ressaltar que, como os contratos de concessão são regidos pela Lei Federal nº 8.987/95 e pela Lei nº 8.666/93 no âmbito geral, influenciando todo o restante da legislação sobre os setores de infraestrutura, como energia elétrica e

³ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessão de serviço público**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 58.

⁴ “the cost of carrying out a transaction by means of an exchange on the open market”. COASE, Ronald. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, 3:1-44, 1961, p. 15.

⁵ PINHEIRO, Armando Castellar. **Judiciário e economia no Brasil**. São Paulo: Sumaré, 2000, pp. 41-42.

⁶ NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviço público e PPP's. **Revista Brasileira de Direito Público**, 25, abr./jun. 2009, p.1.

telecomunicações, apesar de existir legislação específica de cada ente federativo sobre a respectiva competência para regular outros setores (saneamento para os Estados, por exemplo), a posição do Poder Judiciário que deve ser levada em consideração para tratar do problema em pauta está ligada aos seus órgãos superiores, como o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ), e aos Tribunais Regionais Federais (TRF's), que possuem competência constitucional para oferecer uma resposta definitiva às demandas que envolvem estas normas.

Ainda, para responder à pergunta levantada, outros pontos devem ser melhor analisados, como a definição de quais seriam exatamente os custos de transação envolvidos nos contratos de concessão de serviço público ou como pode ser realizada a revisão contratual pelo Poder Judiciário.

Em relação ao primeiro ponto, segundo Oliver Eaton Williamson, observa-se que os custos contratuais se dividem em *ex ante* e *ex post*. Os primeiros seriam ligados à estrutura contratual, à própria negociação e ao estabelecimento das salvaguardas, enquanto que os outros se referem ao monitoramento do acordo e à renegociação em caso de descumprimento, principalmente quanto às estruturas contingentes e de correção para tanto, além da execução das salvaguardas estabelecidas anteriormente. Ambos os custos são interdependentes e difíceis de serem quantificados.⁷

As incertezas envolvidas nos negócios, por sua vez, podem estar relacionadas ao ambiente, como a escassez de determinado produto, ou ao comportamento dos contraentes, que podem agir de forma oportunista, prejudicando o outro partícipe e até mesmo o próprio negócio. O formato do contrato irá determinar a distribuição destas incertezas na forma de assunção de riscos pelas partes, principalmente pela inclusão de cláusulas de esforço que monitorem ou criem incentivos aos contraentes, funcionando como fator de redução das ações oportunistas, chamadas de *hold-up*, após a sua celebração. As alternativas para a solução do problema de *hold-up* são centrais para os custos de transação, já que levam à comparação entre as formas de coordenação das partes para se chegar a uma maior eficiência.⁸ Tais alternativas que obrigam à execução do contrato são chamadas de *enforcement* e podem envolver o aparato jurídico ou sanções contratuais internas (*self-enforcing*), sendo a função do primeiro criar condições previsíveis para a distribuição de direitos, essencialmente.

⁷ WILLIAMSON, Oliver Eaton. **The Economic Institutions of Capitalism**. New York: The Free Press, pp. 20-21.

⁸ SANTOS, Rodolfo Torres dos. Análise Econômica de Contratos: elementos para discussão no setor de infraestrutura. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 21, jun. 2004, pp. 236-239.

A análise do *enforcement* ligado ao aparato jurídico como um custo de transação *ex post* possui, assim, grande relevância para os contratos de concessão de serviço público, pois as grandes aplicações de capital e ativos específicos à prestação do serviço geram fortes riscos de *hold-up*,⁹ que normalmente levam à necessidade de intervenção judicial. Desta forma, um bom sistema judicial influi substancialmente na Economia, tanto por gerar previsibilidade para as decisões econômicas, diminuindo custos de transação *ex ante*, quanto para definir quais são as regras do jogo e os mecanismos pelos quais elas são garantidas, relacionando-se aos custos de transação *ex post*. Mas, como ocorre esta influência e em que medida? Como é realizado o controle judicial dos contratos de concessão? Qual a postura que o Poder Judiciário adota como instituição quando interfere nestes acordos?

Especificamente em relação ao contrato de concessão de serviço público, conforme já dito, a previsibilidade passa necessariamente pela análise das decisões judiciais, já que a amplitude da revisão judicial pode colocar em risco a própria efetividade da política pública setorial realizada por meio do contrato.¹⁰

O controle judicial pode ser realizado em relação à garantia ou não das cláusulas contratuais, onde o juiz pode adotar uma posição de respeito ao pactuado ou adotar outros motivos que o levaram à mudança do contrato. Algumas razões também podem estar relacionadas principalmente aos aspectos organizacionais e legais. Em relação ao tema, ainda existe a questão relativa à posição adotada pelo magistrado, dividida entre o ativismo judicial e a autocontenção judicial, onde podem surgir decisões judiciais com claro viés político, que extrapolem as funções constitucionalmente determinadas ao Poder Judiciário em sobreposição ou mesmo superposição aos outros Poderes.

Apesar de serem encontrados diversos autores que refletem sobre a questão do controle judicial dos contratos, praticamente inexitem pesquisas no meio acadêmico brasileiro com foco específico nas decisões judiciais, sendo que esta lacuna deve ser suprida pelo pesquisador que se coloca a tratar do assunto. As pesquisas brasileiras sobre o tema, em sua maioria, ainda estão ligadas a um forte teor ensaístico. Muitos trabalhos terminam por apresentar uma conclusão teórica abstrata, sem se balizarem, propriamente, em dados que validem as afirmações.

⁹ SANTOS, Rodolfo Torres dos. Análise Econômica de Contratos: elementos para discussão no setor de infraestrutura. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 21, JUN. 2004, p. 251.

¹⁰ WANG, Daniel Wei Liang et al. Capítulo 7: Revisão judicial dos atos das agências reguladoras: uma análise da jurisprudência brasileira. In: SHAPIRO, Mário Gomes (Coord.). **Direito Econômico Regulatório**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 275.

Outro problema surge quando se questiona o modo como pode ser efetuada esta análise para que seja gerada a previsibilidade almejada. Como classificar a posição do Poder Judiciário de acordo com suas decisões?

Armando Castellar Pinheiro inicia o assunto referente ao modo como o papel do Poder Judiciário pode ser analisado, reforçando que, apesar do papel da legislação ser fundamental para uma economia de mercado, ela precisa possuir pilares em instituições sólidas que garantam sua aplicação e resolvam os conflitos surgidos ao longo do tempo, função eminentemente desempenhada pelos tribunais.¹¹ Não apenas este, mas o alcance de outros objetivos, muitas vezes inconciliáveis (como Justiça e eficiência), torna extremamente difícil o estabelecimento de uma medida para determinar a qualidade do sistema judicial por meio da análise de suas decisões. Além da capacidade do sistema judiciário eficiente depender da clareza do sistema legal, existe também dependência relativa à própria elaboração dos contratos. Ambas as razões, adicionadas aos princípios abertos erigidos pela sociedade e albergados pela Constituição Federal de 1988, tornam mais difícil ainda a criação de um meio objetivo de mensuração amplamente aceito.

Entretanto, adotando-se pressupostos definidos e considerando que o Poder Judiciário possa ser qualificado de acordo com as suas respostas finais dadas à sociedade, a metodologia da pesquisa quantitativa para a análise de decisões judiciais pode ser de grande utilidade, apesar da reticência de muitos pesquisadores em utilizá-los nas ciências sociais. Tais críticas não cabem quando são delimitados exatamente os objetos de estudo e o seu alcance por meio de probabilidade, o que descarta o maniqueísmo do verdadeiro ou falso no alcance de uma “verdade” universal. Além disto, o plano utilizado na pesquisa quantitativa de jurisprudência é longitudinal, ou seja, desenvolver-se-á ao longo de um período e não por toda a história da humanidade.¹²

Além dos resultados obtidos com a pesquisa quantitativa, eminentemente descritiva, pode-se aprimorar a análise dos dados para demonstrar como os atributos institucionais do Poder Judiciário influem no resultado final de suas decisões. Para tanto, é necessário estabelecer precisamente os níveis de análise que se deseja,¹³ sendo esta determinação baseada na utilização do neoinstitucionalismo como metodologia de pesquisa (NEI), pois se trata da relação entre preferências das cortes, onde o ambiente institucional tem grande

¹¹ PINHEIRO, Armando Castellar. **Judiciário e economia no Brasil**. São Paulo: Sumaré, 2000, p. 21.

¹² RICHARDSON, Roberto Jarry. **Pesquisa Social - métodos e técnicas**. 3 ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 59.

¹³ COSTA JÚNIOR, Álvaro Pereira Sampaio. **Judiciário e política regulatória – um estudo de caso sobre o papel das cortes e dos juízes na regulação do setor de telecomunicações**. 2007. 287 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, Brasília, 2007, p. 106.

relevância como variável determinante dos resultados obtidos. E não poderia ser diferente sob a ótica neoinstitucional, onde as instituições e a história influenciam sobremaneira as decisões econômicas, considerando-se que ambas afetam os custos de transação de boa parte dos próprios fenômenos econômicos.¹⁴

Tanto a metodologia quantitativa quanto o institucionalismo são ferramentas essenciais para a obtenção de análises objetivas acerca das decisões judiciais, possibilitando sua posterior utilização em diversos campos, como na elaboração de políticas públicas para determinado setor ou mesmo no incentivo de novos investimentos em áreas nas quais o agente econômico não possuía antes previsibilidade.

Concluindo, portanto, é extremamente relevante a realização de uma análise jurisprudencial objetiva acerca dos contratos de concessão de serviço público, o que certamente contribuiria para a diminuição dos custos de transação e de riscos, com aumento da previsibilidade, sendo a metodologia da pesquisa quantitativa de grande utilidade para o alcance deste objetivo, permitindo-se, além disto, a posterior utilização dos resultados nos mais diversos campos, como na elaboração de políticas públicas para determinado setor ou mesmo no incentivo de novos investimentos.

Dito isto, para realizar o estudo nesta direção, deve-se colocar outras questões a serem respondidas, como “quais são estes custos de transação?” ou “como medir decisões judiciais?”. As respostas obtidas tanto na pesquisa doutrinária sobre controle judicial dos contratos e sobre os custos de transação, quanto nos dados coletados na jurisprudência, certamente teriam o condão de responder à pergunta inicialmente proposta acerca de “em que medida as decisões judiciais sobre os contratos de concessão de serviço público afetam seus custos” ?

Contudo, surgem outras indagações para que se tenha um panorama completo da relação custos do contrato e comportamento do Poder Judiciário, tais como: as decisões judiciais acerca dos contratos de concessão de serviço público realmente afetam os custos de transação relacionados a estes acordos? Quais são os motivos que levam o magistrado a modificar os termos de um contrato de concessão de serviço público? Quais são as eventuais consequências do controle judicial dos contratos de concessão de serviço público?

Importante lembrar que não apenas a coleta dos dados com vias a responder os problemas é relevante, mas também sua análise possui grande importância na forma como as

¹⁴ MACEDO, Bernardo Gouthier. Economia e Direito: um diálogo entre iguais. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua (Coord.). **Agenda Contemporânea - Direito e Economia - 30 Anos de Brasil**. Tomo 1, Série GVLaw, São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 219-220.

respostas serão dadas. Como a pesquisa é jurídica, a conclusão deve contribuir principalmente, mas não somente, para o conhecimento científico jurídico. No presente caso, o tema trata essencialmente da relação entre Direito, Economia e instituições, sendo que a análise final dos dados não pode deixar de levar em consideração estas áreas. Neste sentido, Márcia Carla Ribeiro e Irineu Galeski Júnior enfocam juridicamente a relação entre a Economia e Direito por meio da Análise Econômica do Direito (AED), que é um método de interpretação do fenômeno jurídico no qual são utilizadas as metodologias criadas na ciência econômica, especialmente com a incorporação dos elementos valor, utilidade e eficiência. Este método, por sua vez, pode se relacionar à uma análise positiva do Direito, relativo aos efeitos econômicos que ocorrem com um determinado enquadramento jurídico, ou à uma análise normativa do Direito, que determina qual enquadramento jurídico deve ser criado a fim de se atingir a maior eficiência econômica.¹⁵ A análise eminentemente objetiva e descritiva das decisões judiciais se refere essencialmente à vertente positiva da AED. Por meio dela, portanto, podemos utilizar o conceito de custos de transação, próprio da ciência econômica, para analisar o fenômeno jurídico externado nas decisões judiciais relativas aos contratos de concessão de serviço público e chegar à conclusão quanto a sua previsibilidade.

Enfim, considerando, sob o viés da Nova Economia Institucional (NEI), que leva em conta o Poder Judiciário como uma instituição relevante nas transações econômicas, e sob a ótica da Análise Econômica do Direito (AED), questões que dizem respeito ao equilíbrio econômico-financeiro contratual e ao interesse público no contrato de concessão, a identificação de uma tendência de resposta que as cortes federais e superiores atribuem para cada caso nos contratos de concessão de serviço público tem grande importância para garantir a segurança das partes, aumentando a probabilidade de que suas cláusulas sejam cumpridas. Todas essas questões e proposições têm o principal intuito de resolver outro problema maior relacionado ao tema referente ao controle judicial dos contratos de concessão de serviço público e sua influência sobre seus custos de transação.

¹⁵ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

CAPÍTULO 1 CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DO DESENVOLVIMENTO

1.1 ALGUNS CONTORNOS DA IDÉIA DE DESENVOLVIMENTO

A questão do desenvolvimento é cara aos estudiosos do Direito e, ao mesmo tempo, traz incertezas exatamente devido à sua importância e necessidade de definição. Isto é muito difícil com um termo cuja variedade de acepções, uma para cada área do conhecimento e uma para cada Escola dentro de determinada área do conhecimento, gera muitas discussões. Como ainda não existem definições precisas, procurar-se-á utilizar determinados conceitos elaborados por alguns autores acerca do tema, que podem contribuir para demonstrar a relevância do contrato de concessão de serviço público em sua busca e, conseqüentemente, a importância de se avaliar o controle judicial sobre estes instrumentos.

A visão mais antiga sobre desenvolvimento estaria ligada apenas ao seu aspecto quantitativo chamado de crescimento econômico e entendido como aumento do Produto Interno Bruto (PIB),¹⁶ ideia esta incompleta por estar mais próxima de um ciclo do que de um processo que atinge a estrutura da economia. O desenvolvimento, na visão de Calixto Salomão, deve se caracterizar como um processo de conhecimento social gerador de maior inclusão possível, o que ele denominou de democracia econômica. Explica-se. Como o domínio político estatal está cada vez mais distante do campo econômico, já que deixa de transmitir ao mercado as preferências dos eleitores, seria necessário cogitar valores que permitam controlar a esfera econômica independentemente dos influxos políticos. Isto apenas seria alcançado caso a esfera econômica pudesse por si mesma identificar seus problemas e mudar seus destinos por meio da democracia econômica, onde todo cidadão teria o direito de se fazer ouvir neste campo. Em última análise, tratar-se-ia da necessidade de uma regulação econômica preocupada com a preservação de valores econômicos próprios daquela sociedade.¹⁷ Por outro lado, Calixto Salomão afirma que não se pode utilizar uma concepção puramente econômica de desenvolvimento, pois ela está baseada apenas em resultados eficientes e não aponta a direção em que o processo deve se dar, papel este que deve ser

¹⁶ ELI DA VEIGA, José. **A emergência socioambiental**. São Paulo: SENAC, 2007, p. 92.

¹⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. Capítulo 3: Regulação e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 30, pp. 32-33.

atribuído ao Direito, cuja função está essencialmente vinculada aos valores fundamentais e à organização social. Diz o autor que economias subdesenvolvidas necessitam da difusão forçada do conhecimento econômico para se desenvolverem, já que a concentração excessiva cria ineficiências alocativas, devendo ser este o enfoque regulatório do Estado moderno. Portanto, a busca da difusão forçada do conhecimento econômico seria a concepção jurídica de desenvolvimento. Dentro desta concepção jurídica, além da regulação estatal via edição normativa, existe também a regulação via contrato de concessão, que, portanto, configura um dos instrumentos pelos quais se efetivaria essa difusão em relação aos serviços públicos.

Outra visão é aquela colocada pela Nova Economia Institucional (NEI) ligada à ciência econômica, cuja uma de suas facetas no âmbito jurídico seria o chamado ramo do Direito & Desenvolvimento,¹⁸ onde desenvolvimento econômico significa desenvolvimento das instituições.¹⁹ Esta vertente propicia um grande debate entre os teóricos ligado ao assunto, principalmente em relação (i) ao papel do Direito em contraposição aos métodos informais de controle social como fator determinante de resultados sociais e econômicos em Estados em desenvolvimento, (ii) à existência de barreiras culturais, políticas e econômicas à implementação de reformas institucionais que levem ao desenvolvimento naquelas nações, (iii) ao tipo de reforma que deveria ser levada à cabo e (iv) aos atores capacitados para tanto.²⁰

A discussão já se inicia pelo próprio conceito de desenvolvimento como meramente econômico ou também incorporador de aspectos sociais, que demandariam instituições diferentes para o seu alcance. Especificamente, os adeptos da NEI acreditam que as prioridades das instituições devem estar ligadas à fatores como direitos de propriedade bem definidos e transmissíveis, transmissão esta facilitada pelo sistema formal de Direito contratual.²¹ Os críticos desta corrente alegam que tais instituições nos moldes dos países desenvolvidos ocidentais estariam fadadas ao fracasso quando de sua mera transposição para países em desenvolvimento, pois não existiriam as mesmas condições para implementação

¹⁸ Direito & Desenvolvimento trata o Direito em si como uma instituição, o que fornece uma boa perspectiva quando se quer avaliar a importância do Direito como instrumento do desenvolvimento. Observe-se que, dentro desta área, encontra-se o paradigma do *Rule of Law*, onde a previsibilidade e calculabilidade seriam essenciais para o aumento do fluxo das trocas econômicas, o que não garantiria por completo o alcance do desenvolvimento, mas contribuiria. GUEDES, Vinícius Mancini. Interesse público e desenvolvimento: as alterações e rescisões contratuais unilaterais motivadas por interesse público na jurisprudência do STJ. In CORRÊA, André Rodrigues; PINTO JÚNIOR, Mário Engler (Coords.). **Cumprimento de contratos e razão de Estado**. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 171-172.

¹⁹ NORTH, Douglas Cecil. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

²⁰ TREBILCOOK, Michael J.; DAVIS, Kevin E. A relação entre direito e desenvolvimento: otimistas versus céticos. **Revista Direito GV**, São Paulo, jan./jun. 2009, p. 218.

²¹ TREBILCOOK, Michael J.; DAVIS, Kevin E. A relação entre direito e desenvolvimento: otimistas versus céticos. **Revista Direito GV**, São Paulo, jan./jun. 2009, p. 224.

do modelo.²² E vão além, questionando a própria efetividade das normas e instituições jurídicas em contraposição às normas e instituições associadas à tribo, ao clã e à comunidade, questão, inclusive, já abordada por Douglas North.²³

Mais uma crítica a este movimento, oriunda principalmente do paradigma desenvolvimentista, estaria no fato de considerar o papel do Direito extremamente restrito, unicamente ligado à garantia dos interesses privados,²⁴ o que o incapacita a lidar com diferentes arranjos institucionais esculpidos ao longo de trajetórias históricas e materializados em um complexo legal e valores culturais que dão base à organização econômica e social dos países em desenvolvimento.²⁵

Outro problema estaria ligado à crença irrestrita no potencial transformador das mudanças institucionais. Exemplifica-se. Como os países pobres apresentam falhas estruturais em suas economias, muitas vezes a rentabilidade dos investimentos não é atrativa ao setor privado que, por tal razão deixa de aplicar seus recursos nestes setores, motivo pelo qual uma trajetória de crescimento deve ter instituições capazes de articular artificialmente ganhos econômicos por meio da ação direta do Estado para investimentos relevantes, conforme ocorrido em países como Coreia do Sul e China. Portanto, a mera transposição de instituições de países desenvolvidos ocidentais que determinam apenas a garantia contratual e aos direitos de propriedade com a menor intervenção estatal possível, conforme preconizado pela *Rule of Law*, não é capaz de ser transplantada diretamente para países em desenvolvimento.²⁶ A melhor conclusão a que se poderia chegar para o seu alcance é a de que as instituições são sim relevantes para o desenvolvimento, mas devem ser adaptadas ao contexto econômico, social e cultural em que serão inseridas.

Importante colocar, então, qual seria o papel do Direito neste desenvolvimento, já que este depende de arranjos institucionais eficientes. Segundo Diogo Rosenthal Coutinho, o Direito pode ser visto como fim, como meio, como um canal de participação e como arranjo institucional nos processos e políticas públicas relacionados ao desenvolvimento. O Direito

²² TREBILCOOK, Michael J.; DAVIS, Kevin E. A relação entre direito e desenvolvimento: otimistas versus céticos. **Revista Direito GV**, São Paulo, jan./jun. 2009, p. 233.

²³ TREBILCOOK, Michael J.; DAVIS, Kevin E. A relação entre direito e desenvolvimento: otimistas versus céticos. **Revista Direito GV**, São Paulo, jan./jun. 2009, p. 244-246.

²⁴ SHAPIRO, Mario Gomes. Repensando a relação entre Estado, Direito e desenvolvimento: os limites do paradigma *Rule of Law* e a relevância das alternativas institucionais. **Revista Direito GV**, 6(1), jan/jun-2010, p. 215.

²⁵ SHAPIRO, Mario Gomes. Repensando a relação entre Estado, Direito e desenvolvimento: os limites do paradigma *Rule of Law* e a relevância das alternativas institucionais. **Revista Direito GV**, 6(1), jan/jun-2010, p. 238.

²⁶ SHAPIRO, Mario Gomes. Amarrando as próprias botas do desenvolvimento: a nova economia global e a relevância de um desenho jurídico-institucional adequado. **Revista Direito GV** 7(1), jan/jun-2011, p. 348-349.

como fim ou como institucionalização de fins significaria que todo arcabouço normativo pode delimitar metas de política pública que, em primeira instância, dependem de decisões políticas. Estas metas seriam cristalizadas em normas diretivas, como a Constituição. Visto como meio, o Direito seria um conjunto de instrumentos aptos a executar tarefas-meio para o alcance de certos fins escolhidos, como, por exemplo, a modelagem jurídica mais adequada para dar efetividade às instituições ou políticas públicas. Como canal de participação, o Direito pode atribuir às políticas de desenvolvimento deliberação, participação ou decisões conjuntas, o que assegura maior participação democrática e, portanto, mais legitimidade ao processo. Por fim, encarar o Direito como arranjo institucional no desenvolvimento é colocar sua função em partilhar responsabilidades tendo em conta que sobreposição de forças em políticas públicas as tornam ineficazes.²⁷ Dentro desta classificação, a utilização do Direito como ferramenta e como arranjo institucional, na verdade, confunde-se, pois o último está contido no primeiro. Para se avaliar o contrato de concessão de serviço público como instrumento do desenvolvimento, portanto, o Direito deve ser encarado como instrumento, na medida em que busca a concretização dos fins determinados por políticas públicas de infraestrutura, por exemplo.

Apenas uma ressalva deve ser feita. Encarar o Direito como instrumento do desenvolvimento não significa dizer que o Direito esteja relacionado com uma ação estatal desenvolvimentista, devendo, portanto, serem considerados os fins imediatos da norma, não apenas fins mediatos e eficientes.²⁸

Assim, apesar das críticas, esta idéia do Direito como um instrumento no âmbito do Direito & Desenvolvimento não deve ser rejeitada, mas adaptada para incluir aspectos que vão além do plano econômico, como uma maior influência da atuação estatal, e considerando que existem diversos, mas não apenas, modelos de Direito que possam promover o desenvolvimento.²⁹ Esta abordagem, portanto, se encaixa perfeitamente nos propósitos aqui colocados, uma vez que, sem significar alterar por completo o ambiente institucional, procurar-se-á verificar como uma instituição como o contrato de concessão pode nele influir.

²⁷ COUTINHO, Diogo Rosenthal. O direito no desenvolvimento econômico. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**. Belo Horizonte: Fórum, ano 10, n. 38, pp. 31-34, jul/set-2012, p. 32.

²⁸ GUEDES, Vinícius Mancini. Interesse público e desenvolvimento: as alterações e rescisões contratuais unilaterais motivadas por interesse público na jurisprudência do STJ. In CORRÊA, André Rodrigues; PINTO JÚNIOR, Mário Engler (Coords.). **Cumprimento de contratos e razão de Estado**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 171.

²⁹ GUEDES, Vinícius Mancini. Interesse público e desenvolvimento: as alterações e rescisões contratuais unilaterais motivadas por interesse público na jurisprudência do STJ. In CORRÊA, André Rodrigues; PINTO JÚNIOR, Mário Engler (Coords.). **Cumprimento de contratos e razão de Estado**. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 175-176.

Pois bem, considerada a necessidade de se adaptar a instituição contrato à realidade nacional, independentemente da importância do debate colocado para verificação da efetividade da adaptabilidade das instituições, e já que não se está tratando de reformas jurídicas, mas de controle judicial de contratos de concessão dentro das normas já postas dentro do ordenamento jurídico brasileiro, importante partir para o exame da leitura que a Constituição atribui ao desenvolvimento, o qual está ligado inexoravelmente aos referidos contratos, de acordo com a idéia de que o Direito institucionaliza os fins escolhidos politicamente para tanto. A relação é de difícil apreensão, pois implica dificuldades, como a reciprocidade das possíveis relações de causalidade entre ambas as noções, a falta de universalidade do conceito de Constituição, dada sua mutabilidade ao longo da História, ou ainda, sua eficácia variável. Entretanto, aspectos da Constituição certamente influem no desenvolvimento, tanto por regular direitos de propriedade, quanto formas de governo e direitos fundamentais.³⁰

Apesar desta dificuldade, a idéia por trás destes conceitos é positiva, já que tanto a Constituição quanto o desenvolvimento conotam noções de emancipações da própria Humanidade, a primeira ligada à restrição da arbitrariedade do poder político e a outra à satisfação das necessidades materiais e espirituais dos indivíduos.³¹ Isto nada tem a ver com a crítica de alguns autores quando falam na necessidade de redução da expectativa quanto à influência do próprio Direito como componente do desenvolvimento em si, dada a complexidade do sistema jurídico e a dificuldade de sua modificação por meio de conceitos simplistas.³²

O desenvolvimento adquiriu força normativa no Brasil ao ser alçado à condição de objetivo fundamental da República, segundo o artigo 3º, inciso II, da Constituição Federal. Tal inciso deve ser interpretado em conjunto com os outros do mesmo artigo, já que a ideia de desenvolvimento deve envolver não apenas uma garantia, mas também a sua promoção pelo Estado brasileiro. Nesse sentido e analisando o *caput* do artigo 170, pode-se colocar que o desenvolvimento nacional seria alcançado por meio da ordem econômica brasileira fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, ambos também previstos como

³⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena; DIMOULIS, Dimitri. Constituição e desenvolvimento. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua (Coord.). **Agenda Contemporânea - Direito e Economia - 30 Anos de Brasil**. Tomo 1, Série GVLaw, São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 382-383.

³¹ VIEIRA, Oscar Vilhena; DIMOULIS, Dimitri. Constituição e desenvolvimento. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua (Coord.). **Agenda Contemporânea - Direito e Economia - 30 Anos de Brasil**. Tomo 1, Série GVLaw, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 386.

³² BARRAL, Welber. Desenvolvimento e sistema jurídico: a busca de um modelo teórico. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (Orgs.). **Teoria jurídica e desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 29.

fundamento do Estado brasileiro (artigo 1º, IV), com a finalidade última de assegurar a todos existência digna, associada essencialmente com os direitos sociais do artigo 6º da Constituição Federal.

Ainda, existe o direito ao desenvolvimento decorrente do artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, sendo o Brasil incorporador da legislação de Direito Público Internacional que trata do desenvolvimento sustentável, como a Agenda 21, oriunda do relatório Brundtland, e que culminou com a segunda Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento, mais conhecida como Eco-92. Outros autores reconhecem o direito ao desenvolvimento de forma implícita na Constituição Federal como estreitamente ligado a valores democráticos ali albergados, cujos direitos sociais estão consagrados no artigo 6º e sua concretização é o maior exemplo.³³

O mesmo ocorreria em relação à finalidade da ordem econômica estipulada no *caput* do artigo 170 da Constituição Federal e os serviços públicos, onde existiria o dever do Estado de atuar como regulador (artigo 174 da Constituição Federal) ou como prestador de serviço público (artigo 175 da Constituição Federal). Sem entrar no mérito da definição de serviço público, pode-se afirmar que ele se relaciona às atividades ligadas ao desenvolvimento nacional, pois sua efetivação está intimamente ligada aos direitos sociais assegurados no artigo 6º, principalmente a infraestrutura necessária a sua realização.³⁴

Estabelecida a relação entre Constituição e desenvolvimento, é também importante levantar algumas outras concepções influenciadoras de todo o sistema normativo. Segundo Carla Abrantkoski Rister, o desenvolvimento em um sentido objetivo deve ser entendido como um ideal a ser alcançado, ideal este que pode ser deduzido dos princípios constitucionais a ele relacionados, os quais devem pautar tanto a legislação ordinária, quanto as políticas públicas referentes aos serviços públicos. Em um sentido subjetivo, a idéia de desenvolvimento deve considerar os agentes por ele responsáveis ou beneficiários, já que ligado aos direitos fundamentais do homem.³⁵ Dentro desta visão subjetiva, também está a teoria de desenvolvimento de Amartya Sen. Em linhas gerais, segundo o autor, o desenvolvimento deve ser encarado como um processo de expansão das liberdades reais das pessoas, o que possibilitaria sua livre condição de agentes, e isto requer a remoção das

³³ SOARES, Inês Virgínia Prado. Direito ao desenvolvimento e justiça de transição – conexões e alguns dilemas. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.). **Direito ao Desenvolvimento**, Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 469.

³⁴ SHIRATO, Vitor Rhein. A regulação dos serviços públicos como instrumento para o desenvolvimento. **Interesse Público-IP**. Belo Horizonte: Fórum, Ano 7, N. 30, mar./abr. 2005, p. 02.

³⁵ RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e conseqüências**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 82-83.

principais fontes de sua privação. Cinco tipos de liberdades ajudariam a promover a capacidade geral de uma pessoa: as liberdades políticas, as facilidades econômicas, as oportunidades sociais, as garantias de transparência e a segurança protetora. E, o instrumento ideal para o alcance de cada uma seriam as políticas públicas voltadas à concretização dos serviços públicos.³⁶

A efetivação dos serviços públicos, imperativo para o alcance do desenvolvimento, portanto, necessariamente se atrela à atividade regulatória do Estado que organiza a atividade econômica, seja intervindo por meio da concessão de serviço público ao particular e regulando sua utilização, seja pelo exercício de poder de polícia (edição de regras e fiscalização).³⁷

Neste sentido, ainda cabe destacar que as correntes de pensamento econômico determinam diversas teorias da regulação, que estão, portanto, relacionadas à definição do grau de intervenção do Estado que se deseja. Alexandre Campos Gomes de Souza centra o problema em três pontos fundamentais: os pressupostos adotados pelas correntes de pensamento econômico, a análise da vantagem ou da maior eficiência a ser alcançada pelo poder público em detrimento do mercado e seus agentes privados e, por último, a não existência de consenso quanto à efetiva ação a ser tomada pelo Estado, por meio da estruturação de programas e normas de regulamentação.³⁸

Na busca pela explicação do processo regulatório sob a ótica dos pressupostos adotados pelas correntes de pensamento econômico, podem ser utilizados alguns instrumentos representados por diversas teorias da regulação, como, por exemplo, a abordagem convencional da “Escola de Chicago” ou a Institucional. A Teoria da Regulação Econômica (TRE) convencional enfatiza as pressões de grupos com interesses diversos no setor a ser regulado, como o eterno conflito entre indústria e consumidores. A TRE, todavia, não considera elementos institucionais, como o papel das instituições regulatórias, além de desconsiderar o papel ativo que os agentes desenvolvem, mesmo que de modo negativo, como ludibriar e confiscar.³⁹ Por este motivo, a abordagem da NEI aponta para inclusão das diversas instituições, sejam formais ou informais, e sua atuação no ambiente econômico, quando de sua análise. Em outras palavras, analisa-se a interação entre os agentes econômicos de acordo com as instituições, dentre elas o Poder Judiciário. E, a partir daí, compreende-se o

³⁶ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade** São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 17-25.

³⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 21.

³⁸ SOUZA, Alexandre Campos Gomes. **Ensaio sobre regulação monetária e financeira**. 2009. 205 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009, pp. 15-16.

³⁹ SOUZA, Alexandre Campos Gomes. **Ensaio sobre regulação monetária e financeira**. 2009. 205 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009, pp. 31-34.

processo regulatório para sanar as falhas do mercado, que estariam relacionadas às possíveis fragilidades das instituições.⁴⁰

As teorias da regulação no tocante à análise da maior eficiência a ser alcançada pelo poder público em detrimento do mercado, bem como à efetiva ação a ser tomada pelo Estado, refere-se, quando se fala em desenvolvimento, ao incentivo ou não dos agentes sociais por meio da intervenção estatal. O Estado está diretamente relacionando, assim, com o desenvolvimento na medida em que pode o incentivar ou o inibir desta forma.⁴¹ Mas, qual o grau desta atuação e onde ela deve se dar? Duas posições são tradicionalmente postas como resposta, uma ligada às correntes liberais, outra ligada ao Estado projetado ou planejado.

O pensamento liberal, em linhas gerais, surgiu no último quarto do século XVII na Europa ocidental e foi assentado nos princípios do iluminismo e do utilitarismo. Politicamente, contesta um Estado autoritário e propugna um controle cívico. Economicamente, o modelo de mercado desenvolvido por Adam Smith, que, por meio do utilitarismo, transformou a visão de mercado em um mecanismo reciclador do interesse individual dos seus operadores no interesse geral sob a ação da “mão invisível”, criando a idéia de liberdade econômica, e estabeleceu um sistema compatível com aquela teoria política. Isto foi posteriormente transposto para o campo jurídico por meio do constitucionalismo, que garantiu a propriedade privada, a liberdade de exercício de profissões e a livre contratação. Ademais, a codificação do Direito privado, que trouxe uma racionalidade formal aos negócios entre particulares.⁴²

Na primeira metade do século XX, Friederich Hayek radicalizou o ideal liberal, colocando-o como princípio fundador do Estado de Direito. Neste, a atividade econômica é desenvolvida por decisões individuais, sendo o Direito em si apenas uma regra instrumental que não influi nas escolhas dos fins do indivíduo. Por outro lado, em um Estado de economia dirigida, a atividade econômica é desenvolvida por uma autoridade central e o Direito se consubstanciaria em regras substanciais, que influenciariam os indivíduos. Assim, este último modelo de Estado seria gerido em termos mais ou menos ditatoriais, levando invariavelmente

⁴⁰ SOUZA, Alexandre Campos Gomes. **Ensaio sobre regulação monetária e financeira**. 2009. 205 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009, pp. 31-34.

⁴¹ GUEDES, Vinícius Mancini. Interesse público e desenvolvimento: as alterações e rescisões contratuais unilaterais motivadas por interesse público na jurisprudência do STJ. In CORRÊA, André Rodrigues; PINTO JÚNIOR, Mário Engler (Coords.). **Cumprimento de contratos e razão de Estado**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 168.

⁴² NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia – introdução ao Direito econômico**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 123-136.

ao totalitarismo e à servidão do indivíduo.⁴³ Em contraposição a esta visão liberal, a forma de Estado planejado está intrinsecamente ligada ao sistema econômico baseado na autoridade, onde as decisões econômicas basilares são avocadas por um poder político nele centralizadas. O Estado exerce o papel de coordenador das decisões econômicas.⁴⁴

Apesar da dicotomia ora apresentada, os sistemas econômicos que hoje refletem a atuação do Estado são sistemas mistos, onde se admite em caráter permanente um segundo centro decisório, o Estado, ao lado do mercado, o que, entretanto, ainda deixa em aberto a questão principal de “quanto de mercado” ou “quanto de Estado”. Fábio Nusdeo tenta tocar nestas questões de outra forma, perguntando “onde de Estado” em duas perspectivas, uma ligada ao *Welfare State*, em que o Estado age primordialmente sobre o campo do bem-estar social e tem cunho distributivista, e o Estado desenvolvimentista, onde a ação ocorre na produção com viés de gerar mais crescimento.⁴⁵ Todavia, esta classificação hoje não tem mais sentido, visto que não se encontram, na prática, Estados que sigam unicamente uma ou outra perspectiva, o que ainda deixa a questão em aberto.

No Brasil, esta dicotomia acerca da forma de atuação estatal foi bem representada pelo debate ocorrido entre Roberto Simonsen e Eugênio Gudín no I Congresso Brasileiro de Economia realizado em 1943 e que ficou conhecido como “A controvérsia do Planejamento Econômico”. O primeiro autor influenciou economistas que propugnavam uma direção intervencionista, industrialista e protecionista para o Estado, enquanto que outros foram influenciados pelo segundo, desejosos de uma atuação estatal apenas em situações de exceção, representando os defensores do agrarismo e embasados na teoria das vantagens comparativas de Davi Ricardo. Em linhas gerais, a discussão citada se deu em um momento em que o Brasil debatia as possibilidades de gerar desenvolvimento após a II Guerra, existindo duas possibilidades evidentes para superar a pobreza por meio do aumento da renda nacional: adotar a industrialização induzida por medidas intervencionistas e protecionistas ou acreditando que ela viria de modo natural a partir do desenvolvimento da agricultura.⁴⁶ O debate é atual na medida em que o Brasil ainda não decidiu um modelo econômico claro a seguir, ora pendendo para um lado, ora pendendo para outro, conforme se pode notar pelas

⁴³ HAYEK, Friederich. **O caminho para a servidão**. Tradução de Marcelino Amaral. Lisboa: Edições 70, 2009, [1944], p. 103-134.

⁴⁴ NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia – introdução ao Direito econômico**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 106.

⁴⁵ NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia – introdução ao Direito econômico**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 213-214.

⁴⁶ RODRIGUES, Carlos Henrique Lopes. **A questão do protecionismo no Debate entre Roberto Simonsen e Eugênio Gudín**. 2005. 163 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2005, pp. 87-89.

políticas econômicas seguidas pelo governo Fernando Henrique Cardoso e posteriormente um pouco modificadas nos governos Lula.⁴⁷ Entretanto, não é objetivo deste estudo aprofundá-lo.

Importante notar nesta dicotomia que, na esteira do anseio constitucional, talvez no caso brasileiro o pêndulo esteja mais atraído para uma posição intervencionista. Como assevera Daniel Wunder Hachen, o desenvolvimento não pode ser compreendido apenas sob o viés econômico, mas sua definição deve se revestir de maior amplitude, vinculando-se essencialmente ao valor da igualdade. A busca pela igualdade material de condições existenciais, segundo o autor, seria instrumentalizada por meio da efetivação destes já citados direitos fundamentais econômicos e sociais, os quais só poderiam ser garantidos através de um Estado intervencionista. Este modelo de atuação exige do agente estatal uma postura ativa e inclusiva, com o planejamento e a implementação de prestações dirigidas à satisfação destes direitos, reduzindo-se, ao final, as desigualdades que marcam a história brasileira.⁴⁸

Ainda no ponto, para que esta intervenção realmente atinja seus objetivos, há necessidade de evolução da própria Teoria do Direito Administrativo. Devido à hipersubjetivação característica do Estado atual, o controle jurisdicional dos serviços prestados pelo Estado ainda atua sob a ótica individualista do sistema processual, o que compromete equilíbrio das políticas públicas concebidas pela Administração quando, por exemplo, há decisões judiciais em casos concretos para a efetivação de direitos sociais de apenas um indivíduo ou grupo dentro de uma coletividade mais ampla ou mesmo contestando a própria política pública em abstrato.⁴⁹

Estas posições sobre incentivar ou não os agentes sociais por meio da intervenção estatal tiveram enorme importância na criação de políticas públicas e planos econômicos ao longo do século XX, sendo de grande relevância para projetar novas formas de atuação estatal. Entretanto, estas bases teóricas consideram sempre a idéia de Estado *a priori*, sem base em análises de práticas reais. Como o objetivo ora colocado é verificar se e em que medida as decisões judiciais sobre os contratos de concessão de serviço público afetam seus custos de transação, ou seja, analisar a atuação estatal *a posteriori*, não é necessário

⁴⁷ SACHELLI, Roseana Cilião. **A ausência da regulamentação do sistema financeiro brasileiro como obstáculo ao desenvolvimento nacional: uma leitura a partir da crise econômica de 2008 (gerada pela globalização econômica e pelo neoliberalismo)**. 2013. 136 f. Dissertação (Mestrado). – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2013, pp. 65-67.

⁴⁸ HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico – Reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **A & C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, pp. 153-168, jul./set., 2013.

⁴⁹ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil**. 2013. 439 f. Tese (Concurso público ao cargo de professor titular – área de Direito Administrativo) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, pp. 384-387.

aprofundar mais a dicotomia. Considerar-se-á apenas que os Estados têm uma atuação deveras relevante e efetiva sobre a sociedade, influenciando-a, assim como o mercado, de forma positiva ou negativa.

Neste contexto, o contrato administrativo seria uma forma em que se daria esta influência. Inclusive, a elaboração do contrato administrativo é uma forma própria de regulação da economia, dentre outros meios. Doutrinariamente, todavia, ainda não existe um sentido final para o conceito de regulação aplicado ao Direito administrativo.⁵⁰ Alguns juristas entendem que a regulação seria espécie de intervenção estatal, que se manifestaria por atos com objetivos declaradamente econômicos ou ao menos que teriam efeitos econômicos inevitáveis.⁵¹ Outros esclarecem que, dentro do Direito administrativo brasileiro, a atividade regulativa se relaciona com as atividades administrativas a cargo do Estado, como as de fomento, de polícia e de intervenção no domínio econômico.⁵² Estas definições, entretanto, estariam incompletas por abordarem apenas um aspecto do assunto.

Face à amplitude e falta de contornos precisos do conceito de regulação não será aprofundada esta discussão. Como o objetivo da presente dissertação é a realização de uma análise positiva e não normativa das decisões judiciais com o intuito apenas de descrever como e em que medida elas afetam os custos de transação do contrato de concessão, as conclusões que serão obtidas apenas terão o condão de fornecer informações mais detalhadas para a elaboração de normas que digam respeito a tais contratos, sendo que a discussão acerca do conceito de regulação é, portanto, desnecessária. Deve-se apenas ter em mente que, conforme afirmado, a elaboração do contrato administrativo e em especial do contrato de concessão é uma das formas de regulação da economia, nela exercendo certa influência também quanto à questão do desenvolvimento.

⁵⁰ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Teoria da Regulação. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Coords.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas. 2011. p. 1012.

⁵¹ SUNDFELD, Carlos Ari. (Org.). Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 18.

⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanello. (Org.). Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. **Direito Regulatório – Temas polêmicos**. 2. ed, Belo Horizonte. Fórum, 2009, p. 26.

1.2 O CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DENTRO DA IDÉIA DE DESENVOLVIMENTO

Considerando que a concessão de serviço público ao particular é um instrumento pelo qual o Estado regula a economia na busca pelo desenvolvimento, deve-se indagar o porquê da importância deste tipo contratual em detrimento das outras formas contratuais adotadas pela Administração, como, por exemplo, a permissão e a autorização, já que elas também seriam aptas a gerar os mesmos efeitos teoricamente.

O contrato administrativo, como explica Celso Antônio Bandeira de Mello, é

... um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a variáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.⁵³

A legislação brasileira, pelo parágrafo único do art. 2º da Lei 8.666/93, considera contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada. Assim, segundo o citado doutrinador e considerando este dispositivo legal, o que caracteriza um contrato como administrativo é ser ele concluído pela Administração pública, o que seria suficiente para dar ensejo a todos os outros elementos usualmente citados por outros autores, como a especificidade do seu objeto ou a existência de cláusulas exorbitantes.⁵⁴

Entretanto, parece correta a crítica que Fernando Dias Menezes de Almeida faz sobre esta posição e as consequências que dela advém. Ao caracterizar o contrato administrativo pelo sujeito ou pela existência de cláusulas exorbitantes, perde-se o sentido da diferenciação entre tais contratos e aqueles de Direito privado celebrados pela Administração. Dentro desta observação está o fato mais grave, a perda da utilidade de uso do contrato como regulação, como produção normativa, pois é tolhida a possibilidade das partes exercerem o princípio da autonomia. Segue o autor afirmando que os contratos administrativos, principalmente os relativos ao serviço público, possuem objeto mutável. Assim, a mutabilidade do modo de ser do serviço público (objeto do contrato) decorre de normas extracontratuais (materialmente

⁵³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 574.

⁵⁴ TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro. Contratos administrativos. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Coords.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas. 2011, p. 1213.

legislativas e ligadas à manutenção do serviço), ou seja, o contrato em si mudaria apenas reflexivamente para garantir o equilíbrio econômico financeiro. Aplicando-se a prerrogativa da autoexcoção (cláusulas exorbitantes) da Administração de modo padronizado a qualquer situação convencional, geram-se contratos mais onerosos para a Administração, estimulando sua ineficiência e facilitando desvios em relação à probidade administrativa, além de incitar práticas autoritárias. O autor conclui afirmando que face aos interesses públicos ou privados, um regime contratual que permita a mudança unilateral por uma das partes (mutabilidade contratual), deve decorrer de situações concretas ligadas ao objeto da prestação (modo de ser do serviço público), mas não em abstrato apenas decorrente da natureza dos interesses em questão. A ressalva ficaria apenas quando certa generalização pode ser antecipada pelo legislador, como no caso dos contratos de concessão.⁵⁵

Com efeito, o conceito de contrato administrativo deve ser centrado nesta última definição, quando se trata da busca pelo desenvolvimento nos moldes já citados, pois este implica a utilização de regimes contratuais diferenciados de acordo com situações concretas que exijam a mudança no modo de ser do serviço público. No entanto, ainda se coloca a questão de quais contratos administrativos são utilizados na efetivação de tais serviços públicos, o que leva à necessidade de utilizar algumas classificações.

Odete Medauar costuma dividir os contratos administrativos em três módulos: contratos administrativos clássicos, regidos pelo Direito público, contratos regidos parcialmente pelo Direito privado e figuras contratuais recentes, como os contratos de gestão e os convênios. E explica que tanto os contratos administrativos clássicos como os novos tipos contratuais se incluem numa figura contratual, em um “módulo contratual”, caso seja deixado de lado a concepção restrita de contrato centrada na autonomia da vontade, na igualdade absoluta entre as partes e na imutabilidade da vontade inicial das mesmas. Centrando-se no “intercâmbio de bens e prestações”, regido pelo Direito, pode-se cogitar neste “módulo contratual”, formado por vários tipos de contrato, com regimes jurídicos diversos.⁵⁶ Assim, seria despicienda uma classificação mais aprofundada, levando-se em consideração a diferenciação baseada em regimes jurídicos diversos.

Outrossim, ainda são utilizadas algumas classificações quando o administrador decide pela prestação de um serviço público, cabendo explicitar algumas relacionadas principalmente

⁵⁵ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Contratos administrativos no Brasil: aspectos críticos da teoria e da prática. **Revista de Contratos Públicos – RCP**. Belo Horizonte: Fórum. ano 1, n. 1, p. 125-139, mar./ago. 2012.

⁵⁶ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. p. 229.

ao artigo 175 da Constituição Federal brasileira, que envolvam as idéias de concessão e permissão, pois expressamente relacionadas ao serviço público pelo texto constitucional.

Marçal Justem Filho divide o contrato administrativo em sentido amplo em três espécies: acordos de vontade da Administração (convênios e consórcios, por exemplo); contratos de Direito privado e; contratos administrativos em sentido estrito, subdividindo-os em contratos de delegação e de colaboração. A utilidade de tal classificação reside nos efeitos que as citadas prerrogativas da Administração possuem sobre tais acordos, bem como nos efeitos buscados pelo administrador, uma vez que cada um possui um regime jurídico próprio. Segundo o autor, por exemplo, os contratos de delegação versam sobre o repasse a particular do exercício de competências administrativas e cujo objeto consistiria na atribuição de título jurídico a terceiro para este desempenhar funções tipicamente estatais, implicando relações jurídicas de Direito público perante os administrados. Em que pese a possibilidade de delegação também a entes estatais, seria exatamente o caso das concessões, tanto comuns quanto as especiais (Parcerias Público-Privadas).⁵⁷

José dos Santos Carvalho Filho complementa a classificação lembrando que as permissões também foram alçadas à condição de contrato após sua inclusão na Lei nº 8.987/95 (e também previsão no artigo 175 da Constituição Federal), podendo ser utilizadas da mesma forma para a execução de serviço público delegado resultante da descentralização administrativa.⁵⁸ Como existe a previsão na Lei nº 8.987/95, para alguns autores inconstitucional,⁵⁹ de delegação à título precário quando se fala em permissão, o que possibilita a revogação de um contrato, tratar-se-á de aprofundar apenas o conceito de concessão, já que este é o instrumento adequado para a prestação de serviços públicos com uma maior longevidade, visto a precariedade dos outros institutos utilizados para delegação.

Concessão, nas palavras de Romeu Felipe Bacellar Filho, é a delegação a particular, pessoa natural ou jurídica, da gestão ou execução de um serviço público, precedido ou não de obra pública, por sua conta e risco e remuneração pelos usuários. As atividades repassadas não perdem sua concepção originária de serviço público, privatiza-se apenas a entidade.⁶⁰

⁵⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15 ed. São Paulo: Dialética. 2012. pp. 804-806.

⁵⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 181.

⁵⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Concessão, Permissão e Autorização de Serviço Público. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Coords.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas. 2011. p. 401.

⁶⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Concessão, Permissão e Autorização de Serviço Público. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Coords.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas. 2011. p. 393.

Outra definição é a adotada por Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo o qual a concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém, pessoa jurídica estatal, autárquica ou de Direito privado, que aceita prestá-lo em nome próprio por sua conta e risco e não em nome do Estado, sendo esta a única diferença para o contrato de prestação de serviço. O concessionário é investido em titulação para prestar o serviço, respeitando as condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob a garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários.⁶¹ Marcos Augusto Perez, por sua vez, define concessão como um contrato cujo objeto é a delegação da gestão de um serviço público ou de uma obra pública, ou seja, deixam de ser essenciais à definição: a natureza da atividade delegada (serviços comerciais e industriais ou serviços administrativos); a transferência integral dos riscos do empreendimento ao concessionário (pode haver a partilha de riscos previstos contratualmente) e a forma de remuneração do concessionário (a renda pode ser também objeto de partilha, bem como pode ser oriunda de subsídio público ou pagamento direto pelo concedente).⁶²

Acerca destas definições, portanto, quando se trata da questão do desenvolvimento, pode-se extrair que o contrato de concessão é o principal instrumento para a transferência da execução de determinado serviço público a outro ente que não o titular original, possibilitando que este regule e fiscalize a prestação do serviço, e, muitas vezes, inclusive, compartilhando os riscos da atividade em si. Não é difícil fazer a ligação com o grau da atuação do Estado e onde ela deve se dar como anteriormente visto. Utilizam-se mais concessões ao agente privado em um regime liberal, menos em um regime de Estado planejado.

Além da definição, é importante também adotar uma posição quanto à natureza jurídica do contrato de concessão, necessária para esclarecer quais as conseqüências jurídicas que cada uma pode causar. O Professor Romeu F. Bacellar Filho adota a posição de que o contrato é uma categoria jurídica que pertence ao Direito em geral, não ao Direito privado ou Direito público especificamente. Assim, quando o estudo do contrato se insere na esfera do público, será submetido ao regime jurídico administrativo (misto de prerrogativas e sujeições), mas não se libera de algumas características próprias de qualquer outro, como a autonomia da vontade, o que reforça os princípios do *pacta sunt servanda* e do *lex inter*

⁶¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 680.

⁶² PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público**. Belo horizonte: Editora Fórum, 2006.

partem. Esta posição se aproxima da teoria do contrato de direito misto (a concessão é um contrato de Direito privado informado por preceitos de Direito público) em oposição à teoria do ato unilateral de soberania e à teoria bilateral do contrato adstrito ao Direito privado.⁶³

Existiriam três elementos básicos de origem e constituição do contrato de concessão: (1) O Poder Público (Administração ou prestador do serviço); (2) o particular com capacidade de contratar; (3) o serviço integrado à competência administrativa e submetido ao regime jurídico administrativo. Este, por sua vez, impõe à Administração sujeições, como a necessidade licitação, mas lhe outorga prerrogativas, como as cláusulas exorbitantes (denominação que o autor acredita ser desnecessária, porque o sujeito que está contratando já reconhece a supremacia do interesse público expressa em lei).⁶⁴ Para o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, a concessão é uma relação jurídica complexa, composta de um ato regulamentar do Estado (fixa condições de funcionamento do serviço, alteráveis unilateralmente), de um ato condição (o concessionário voluntariamente se submete ao estabelecido pelo Estado) e do contrato, por onde se garante a equação econômico-financeira (imutável unilateralmente).⁶⁵

À despeito das divergências acerca da natureza jurídica do contrato de concessão, inclusive com pesadas críticas à definição legal, não é necessário o aprofundamento da questão, pois apenas se busca alinhar a função deste instrumento ao desenvolvimento buscado pelo Estado brasileiro dentre outras figuras contratuais. Basta ter em mente que o contrato de concessão é um contrato administrativo e, portanto, sujeito ao regime jurídico administrativo, onde o Poder Público possui algumas prerrogativas, mas não absolutas, o que pode impactar sobremaneira a relação contratual, principalmente no tocante à possibilidade de alteração das cláusulas contratuais.

Mas, por que o contrato de concessão é o mais utilizado para a delegação de serviços públicos dentre as formas contratuais existentes, como a permissão e a franquia, por exemplo? Ao se tratar da contratação em geral, deve-se levar sempre em consideração um instrumento jurídico destinado à movimentação de riquezas (bens em geral), ou seja, como operação econômica, devendo o Direito oferecer o instrumento mais eficiente possível para permitir a melhor circulação destes bens. E não poderia ser diferente quando se utiliza a idéia de que o

⁶³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Concessão, Permissão e Autorização de Serviço Público. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Coords.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas. 2011. p. 394.

⁶⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Concessão, Permissão e Autorização de Serviço Público. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Coords.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas. 2011. p. 395.

⁶⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 680.

contrato administrativo deve levar à utilização de regimes diferenciados de acordo com situações concretas que exijam a mudança no modo de ser do serviço público. Isto leva à necessidade, portanto, de se estabelecer um regime jurídico específico pra determinados contratos, que permita esta maior eficiência na realização do seu objeto.

Os objetos do contrato de concessão estão ligados à prestação de serviços, principalmente relativos à infraestrutura econômica. A infraestrutura é conjunto de atividades e estruturas da economia que servem de base para o desenvolvimento de outras atividades consideradas principais. Por exemplo, abrange os principais setores que subsidiam os domicílios e a produção ligados à prestação de serviços públicos, tais como energia, transportes e telecomunicações. O conceito desenvolvido pelo IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) o desagrega em duas linhas de estudo: a infraestrutura social e urbana, ligada ao suporte aos cidadãos e seus domicílios, ligados à habitação, saneamento e transporte urbano; e a infraestrutura econômica, cuja função primordial é a de dar apoio às atividades do setor produtivo, englobando os setores de rodovias, ferrovias, portos, aeroportos, energia elétrica, petróleo e gás natural, biocombustíveis e telecomunicações. Para os efeitos do presente estudo e sob o ponto de vista econômico, serão utilizados ambos os conceitos de infraestrutura desenvolvido pelo instituto.⁶⁶

A concessão de serviço público ao atribuir o exercício de uma função pública a outro ente que não o titular, garantindo-lhe mecanismos para obter os recursos necessários a sua realização, independentemente de eventuais mudanças nas situações fáticas embasadoras da contratação, garante uma maior estabilidade e longevidade na execução do contrato por aceitar a mutabilidade de suas cláusulas.⁶⁷ A Lei nº 8.987/95 permite a criação de condições institucionais para celebração de contratos em torno da cooperação dos sujeitos participantes, atribuindo, portanto um regime de caráter especial sobretudo nas cláusulas contratuais (caráter este reconhecido no artigo 175 da Constituição Federal brasileira). O exercício da função administrativa e a autonomia das pessoas de Direito privado resultam em um documento único que caracterizará a específica concessão de serviço público. Este, assim, é um negócio jurídico dinâmico, que deve ser adaptado às alterações supervenientes, imprevisíveis, mas

⁶⁶ Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Introdução. **Infraestrutura Econômica no Brasil: diagnósticos e perspectivas para 2025**. Livro 6, vol. 1, Brasília, 2010. Disponível em:< http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/livros/Livro_InfraestruturaSocial_voll.pdf> Acesso em 23/01/2014, pp. 15-16.

⁶⁷ SCHIRATO, Vitor Rhein. Contratos administrativos e contratos da Administração Pública: pertinência da diferenciação? **Revista de Contratos Públicos – RCP**. Belo Horizonte: Fórum. ano 2, n. 2, pp. 177-186, set. 2012/fev. 2013.

relativas à uma base objetiva, esta sim estável.⁶⁸ Neste sentido, por um viés econômico e considerando a viabilidade do contrato sob a ótica do investidor, a modelagem dos contratos de concessão comum expressos na Lei nº 8.987/95 seria a mais adequada para projetos financeiramente autossustentáveis, mas que demandam a assunção de riscos pelo empreendedor.⁶⁹ Assim, o contrato de concessão é um instrumento interessante quando se busca o desenvolvimento, pois permite, mas não substitui, uma melhor adaptabilidade da regulação setorial baseada em leis e regulamentos, motivo pelo qual é utilizada em detrimento de outras formas contratuais.

O investimento em infraestrutura e a expansão da prestação de serviços, principalmente daqueles efetuados em parceria com o setor privado, é realizado via contrato de concessão. Para atrair o investimento privado nesta área, onde há insuficiente alocação de recursos, é necessário um ambiente favorável com a menor quantidade de risco possível garantido por instituições sólidas. Melhor explicando, os agentes econômicos desenvolvem seus negócios em um ambiente regulado por instituições que, portanto, influenciam diretamente nas decisões de mercado. Neste aspecto, o Direito está umbilicalmente associado à Economia na medida em que não existem fatos econômicos não influenciados pelas instituições criadas e asseguradas por ele.

Partindo-se dessa associação entre Economia, Direito e suas respectivas instituições, a NEI inclui as últimas, sejam formais ou informais, e sua atuação no ambiente econômico, quando da análise do fato econômico. Em outras palavras, analisa-se a interação entre os agentes econômicos de acordo com instituições como o Poder Judiciário e, a partir daí, compreende-se o processo regulatório para sanar as falhas do mercado, que estariam relacionadas às possíveis fragilidades das instituições.⁷⁰ Para a NEI, duas instituições são principalmente relevantes no processo relacionado às decisões econômicas em um ambiente regulado pelo Direito: os contratos e o Poder Judiciário.

Os contratos, como já dito, funcionam como intermediadores diretos das transações econômicas, sendo essenciais para o fluxo de negociações, principalmente por legitimar a transmissão da propriedade e criar segurança para os acordos celebrados após a tomada das referidas decisões. Quando se fala em desenvolvimento econômico, assim, é importante definir qual contrato tem maior efetividade para aumentar o ritmo de transações econômicas

⁶⁸ MOREIRA, Egon Bockmann; MILANO, Célio Lucas. Contratos públicos de longo prazo: a segurança jurídica advinda da certeza da mudança. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte: Fórum, ano 9, n. 34, pp. 171-183, abr./jun.2011.

⁶⁹ NÓBREGA, Marcos. *Direito da infraestrutura*. São Paulo, Quartier Latin, 2011, p. 61.

⁷⁰ SOUZA, Alexandre Campos Gomes. *Ensaio sobre regulação monetária e financeira*. 2009. 205 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009, pp. 31-34.

com vistas à alcançar os objetivos desejados pela sociedade. Ou seja, para uma atuação mais precisa do formulador de políticas públicas, é necessário definir qual contrato celebrado pela Administração é o mais utilizado na busca pelo desenvolvimento.

Como ponto de partida, pode-se dizer que o contrato de concessão de serviço público cumpre esta função, quando entendida como processo de modificação de ordem qualitativa e quantitativa da estrutura econômica e da sociedade.⁷¹ Tal instrumental viabiliza a concretização de políticas públicas em quaisquer setores, principalmente os ligados à infraestrutura, o que o torna uma das principais instituições envolvidas neste processo. Analisando-se a função do contrato em busca do desenvolvimento, portanto, impossível não tratar do contrato de concessão de serviço público, cujo valor é de extrema importância na realização das escolhas políticas do Estado.⁷²

Este tipo contratual, conforme explica Lílian de Castro Peixoto, também é historicamente o mais utilizado para a transferência da prestação de serviço público por longo prazo, pois constitui um instrumento extremamente maleável em sua confecção, permitindo maior flexibilidade na relação entre Estado e particular face à constante mudança do ordenamento jurídico, mudança esta intrinsecamente ligada à redefinição do papel do Estado em relação às suas funções. Segundo a autora, o Estado brasileiro acompanhou esta tendência de utilização, existindo hoje diversas formas concessões.⁷³ Este argumento histórico também é outra razão para justificar a utilização do contrato de concessão em detrimento de outras formas contratuais.

João Eduardo Lopez Queiroz, ao tratar dos aspectos jurídicos da privatização ocorrida em meados da década de 90, coloca as concessões como espécie desta em meio a outros tipos contratuais como os contratos de gestão e a terceirização.⁷⁴ O retorno da ideia da atuação subsidiária do Estado no final do século XX e início do século XXI, baseada na neutralidade econômica e na redução das atividades estatais,⁷⁵ tem relação direta com as normas que regulam os setores econômicos ligados à infraestrutura, e, por conseguinte, os contratos de concessão de serviço público.

⁷¹ NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia – introdução ao Direito econômico**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 349.

⁷² GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessão de serviço público**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 58.

⁷³ PEIXOTO, Lílian de Castro. **A proteção aos investimentos das concessionárias de serviço público na jurisprudência dos tribunais superiores**. 2009. 145 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, pp. 9-40.

⁷⁴ QUEIROZ, João Eduardo Lopez. Principais aspectos jurídicos da privatização. **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas. 2011. pp. 996-999.

⁷⁵ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, pp. 220-221.

Não que exista propriamente uma ligação entre subsidiariedade e desenvolvimento, principalmente no Brasil, onde ambos os conceitos, segundo uma posição minoritária da doutrina, mas não menos importante, não constituem princípios,⁷⁶ mas, a utilização do critério da subsidiariedade estatal como fundamento econômico, moral e político de um novo modelo de Estado⁷⁷ levou à criação de diversos diplomas legais, principalmente infraconstitucionais, para transferir a execução de certos serviços públicos ao particular e para regulamentar esta realidade, afetando diretamente os contratos de concessão.

Interessante notar que a subsidiariedade, apesar de aceita por grande parte da doutrina como sendo o caso do Estado “[...] abster-se de exercer atividades que o particular tem condições de exercer por sua própria iniciativa e com seus próprios recursos [...]”⁷⁸, na realidade, não pode ser utilizada como fundamento dos limites interventivos do Estado, não apenas pela fragilidade deste argumento, já que a atuação estatal deve depender eminentemente de um processo democrático ou dos próprios fins do Estado Republicano, mas porque o artigo 173 da Constituição Federal legitima a intervenção direta independentemente da suficiência da iniciativa privada nos casos por ela elencados.⁷⁹

Como todo novo processo, a incorporação do novo ideário ao ordenamento jurídico sofreu e ainda sofre percalços, principalmente em situações de crise sistêmica. E isto pode ocorrer devido à falta de regulamentação mais eficiente pelo poder público, restando claro que o papel subsidiário não se sustenta em relação a outros tipos de demandas.

Em face deste problema, Vinícius Marques de Carvalho chega ao ponto de afirmar que o Estado brasileiro abriu mão do seu poder normativo de fato, apesar dos contratos de concessão lhe conceder poderes formais. O processo de privatização, segundo o autor, adquiriu um caráter sistêmico na medida em que inseriu o setor privado no processo decisório e retirou a capacidade estatal de regular duas áreas essenciais para buscar a distribuição de renda por meio da prestação de serviços públicos: processo de financiamento e função planejadora (apesar da determinação do artigo 174 da Constituição Federal).⁸⁰ Entretanto, esta afirmação é questionável. A transferência da execução dos serviços públicos foi fortemente financiada pelo Estado brasileiro por meio do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) exatamente como no Plano de Metas (1956-1961) do governo

⁷⁶ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, pp. 220-246.

⁷⁷ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 221.

⁷⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública – Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e outras formas**. 4. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2002, pp. 26-27

⁷⁹ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, pp. 211-228.

⁸⁰ CARVALHO, Vinícius Marques. Capítulo 1: Regulação econômica e serviços públicos. In: SHAPIRO, Mário Gomes (Coord.). **Direito Econômico Regulatório**. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 63-65.

Juscelino Kubitschek⁸¹. Além disto, os setores operados agora pelos agentes econômicos privados ainda são intensamente regulados pelo Estado, ou seja, este ainda possui grande capacidade regulatória.

Neste contexto, a crise econômico-financeira de 2008, por outro lado, colocou em evidência que a falta de regulação mais rígida tolheu dos EUA o poder para solucionar as deficiências que a gerou, influenciando o sistema econômico-financeiro mundial, por conseguinte. Ultrapassando o tópico da transferência ou não da execução do serviço público, mais importante, na realidade, é a análise do grau desejado de regulamentação do Estado na economia, ou seja, do processo regulatório que foi desenvolvido e algumas consequências, já que não se pode colocar em questão a essencialidade desta intervenção.

Como explica Lafayette Josué Petter, a questão não está em se deve haver ou não intervenção estatal, mas sua forma, principalmente em países menos desenvolvidos, onde a ação planejadora e interventiva do Estado na economia faz-se necessária como elemento indispensável para aceleração do processo de desenvolvimento, atuando onde a iniciativa privada não tenha interesse.⁸² Neste campo, a falta de efetiva regulamentação dos contratos de concessão com vistas à implementação do serviço público com escopo desenvolvimentista, por exemplo, pode ser um fato gerador de problemas futuros, já que criaria situações de rigidez. No mesmo sentido, assinalam John Stewart e Kieron Walsh:

Argumenta-se que existem vantagens no aumento do uso dos contratos nos processos governamentais. Eles requerem uma clara especificação do trabalho a ser feito e significam o controle sobre este trabalho. O que não pode ser considerado é que todo o trabalho do corpo público pode ou poderia ser sujeito de arranjos contratuais. Contratos, ao menos que sejam continuamente renegociados, pois perdem seu ponto central, introduzem uma rigidez nos serviços públicos, o que seria inadequado onde a flexibilidade é necessária.⁸³

Ou seja, muitas vezes a não intervenção estatal nos contratos leva à uma indesejável rigidez, criando situações de desequilíbrio, o que não significa de modo algum desrespeito ao equilíbrio econômico-financeiro por alguma intervenção direta.

⁸¹ SACCHELLI, Roseana Cilião. **A ausência da regulamentação do sistema financeiro brasileiro como obstáculo ao desenvolvimento nacional: uma leitura a partir da crise econômica de 2008 (gerada pela globalização econômica e pelo neoliberalismo)**. 2013. 136 f. Dissertação (Mestrado). – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2013, p. 63.

⁸² PETTER, Lafayette Josué. **Direito econômico**. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2006, p. 98.

⁸³ “It has been argued that there are advantages in the increased use of contracts in the process of government. They require a clear specification of the work to be done and means of control over that work. What cannot be assumed is that all the work of public bodies can or should be subject to contractual arrangements. Contracts, unless they are to be continually re-negotiated, thereby losing their point, introduce a rigidity into the public services, which may be inappropriate where flexibility is required.” STEWART, John; WALSH, Kieron. **Change in the management of public services. Public Administration**. Oxford: Blacwell Publishers, 1992, p. 512.

A mudança na visão das funções do Estado brasileiro e na nova atuação deste, portanto, levou à transferência da execução de muitos serviços públicos ao particular via contratos de concessão, fazendo com que estes instrumentos fossem amplamente utilizados. Daí, também sua importância para a atividade estatal na busca do desenvolvimento.

CAPÍTULO 2 RELAÇÕES ENTRE DIREITO E ECONOMIA, ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E O PODER JUDICIÁRIO

2.1 UMA BREVE ANÁLISE DO DIÁLOGO ENTRE A CIÊNCIA JURÍDICA E A CIÊNCIA ECONÔMICA E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED)

Direito e Economia devem ser vistos como um todo indiviso, apesar de possuírem objetivos diferentes, o primeiro com foco na justiça como reguladora das ações humanas e o segundo com enfoque na eficiência baseada na racionalidade dos agentes. Em outra abordagem, pode-se dizer que o Direito como disciplina rege as atividades humanas do ponto de vista do proibido, do permitido e do obrigatório, mas que não dizem respeito à subjetividade. Por sua vez, a Economia se refere às atividades humanas abertas às escolhas na troca de valores ou coisas, realizadas segundo normas que se podem entender e explicar. A intersecção entre ambas se daria pela voluntariedade das ações humanas constrangidas, ora pelos deveres jurídicos, ora pelas necessidades materiais. A diferenciação está no método: a Economia com formalização, matemática e base em um modelo teórico da ação, buscando uma decisão, e o Direito se concentrando em uma teoria descritiva da norma, na análise dos constrangimentos da ação via sanção.⁸⁴

O diálogo entre as disciplinas é antigo e demonstra a influência do Direito na Economia política, sendo relevante verificar, sem a pretensão de se fazer um histórico completo, como esta relação se desenvolveu ao longo de várias décadas para que possam ser eliminadas eventuais dúvidas acerca de falhas teóricas que já podem ter sido melhor explicadas. No século XVIII, autores como John Locke e Thomas Hobbes, baseados na Escola do Direito Natural, cujo pilar era a utilização do método racional para pensar o Direito por meio do discurso demonstrativo, influenciaram autores da ciência econômica, especialmente Adam Smith. O “homem econômico” seria constitutivo da natureza humana, um dado da razão, o que incentivou a construção de uma nova sociedade econômica (capitalista) sobre os escombros do antigo modo de produção baseado na servidão e na tradição. Esta visão se contrapõe à escola dominante na filosofia do Direito na época,

⁸⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito e Economia: os caminhos do debate. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua (Coord.). **Agenda Contemporânea - Direito e Economia - 30 Anos de Brasil**. Tomo 1, Série GVLaw, São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 232-235.

influenciada por Aristóteles e baseada na interpretação da tradição histórica por meio do discurso retórico. O contraponto entre as duas escolas demonstra a influência do Direito na Economia, diferentemente do que afirmam hoje os neoclássicos, de que a Economia cria relações e o Direito apenas as segue. No século XIX, ambas as disciplinas seguiram caminhos diferentes, o Direito retornou à escola aristotélica de interpretação histórica e a Economia continuou a se basear na racionalidade e na eficiência, o que apenas mudou no final deste século e início do século XX com os primeiros autores institucionalistas, que preconizavam uma maior intervenção e regulação estatal na economia. Nos anos 30 e 50 do século XX, por meio da economia neoclássica, veio a separação definitiva da ciência econômica em relação às outras ciências humanas, especialmente do Direito.⁸⁵

Deixando de abordar estas últimas décadas de distensão, a reaproximação anterior entre as áreas gerou algumas novas idéias entre os juristas da época. Rudolf Stammler defendia que o Direito não derivaria da Economia (como na visão marxista, por exemplo), mas seria uma condição de possibilidade dela, antecipando em quase duas décadas a visão institucionalista ao considerar que a Economia é uma forma de interação humana por meio de regras. Como de regra, houve oposição de autores que formariam a chamada Escola realista, pela qual os absurdos criados pelas leis estariam ligados à sua disfunção em relação às normas sociais, inclusive as políticas. Na mesma época, outros autores, como J.W. Hedemann, ao abordarem a relação entre as disciplinas sob a ótica do Direito, ligaram o Direito econômico como um novo Direito natural, cuja função era demonstrar os limites do raciocínio prático, e não como disciplina autônoma, o que levou à idéia de interpretação, crítica e reforma do ordenamento jurídico conforme sentidos econômicos gerais. Seguindo a mesma linha, Karl Renner afirmava que os institutos jurídicos deveriam ser interpretados segundo suas funções sociais e econômicas e não a partir de ideais abstratos. Nos Estados Unidos, John Commons estabeleceu a base para a visão institucionalista da economia, baseando-se na idéia de realismo jurídico. Para ele, a sanção jurídica, a violência, era semelhante à sanção econômica, afeta às perdas, ou seja, ambas disciplinas tratam do constrangimento da ação. A economia institucional se diferenciaria da clássica na medida em que trataria da relação entre os homens por meio da transação (de barganha, de gerenciamento e de distribuição), enquanto a outra trataria da relação entre o homem e a natureza. A doutrina de Commons influenciou fortemente outros juristas, como Karl Llewellyn, que tratou dos efeitos que as instituições

⁸⁵ MACEDO, Bernardo Gouthier. Economia e Direito: um diálogo entre iguais. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua (Coord.). **Agenda Contemporânea - Direito e Economia - 30 Anos de Brasil**. Tomo 1, Série GVLaw, São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 213-216.

jurídicas podem ter sobre a economia, alavancando-a ou a obstaculizando, elencando também itens que a teoria do Direito poderia oferecer à economia, dentre eles, a fixação e a garantia de pressuposições e a limitação da variedade de fins.⁸⁶

A relação entre as duas áreas também ocorre porque os fatos econômicos dependem diretamente das instituições (conceito este que será melhor abordado adiante), como a junção do conjunto de regras que as regem - leis e contratos - e do sistema que as garantem - Poder Judiciário.⁸⁷ O mercado mesmo deve ser considerado, sob este ponto de vista, uma instituição, para que possam ser justificadas normas que resultem em estímulos à realização de trocas muito além dos espaços ou locais onde se realiza o comércio.⁸⁸ A própria política econômica seria a escolha de regras e procedimentos legais com o intuito de aumentar o bem-estar social.⁸⁹ O Direito, portanto, é intrinsecamente e inexoravelmente ligado à Economia, pois, além de afetar a política econômica, determina os direitos de propriedade, o direito contratual e sua garantia pelo Poder Judiciário, influenciando diretamente no desenvolvimento de um país.⁹⁰

Apesar destes conflitos entre Direito e Economia, diversos estudos desenvolvidos na década de 90 demonstraram empiricamente a importância das instituições na organização da atividade econômica, principalmente da lei, do contrato e do sistema judicial. A primeira alocaria os direitos de propriedade eficazmente, diminuindo custos de transação e definindo a distribuição de riqueza; o segundo organizaria a produção mercadologicamente e distribuiria os riscos; e o terceiro garantiria o cumprimento do pactuado em casos não previstos ou, mesmo previstos, que ensejassem uma ação oportunista de um dos agentes.⁹¹

Antes disto, a Teoria da Regulação Econômica (TRE), principalmente influenciada pela visão neoclássica econômica da Escola de Chicago, não considerava tais elementos institucionais, tampouco o papel ativo que os agentes desenvolvem, mesmo que de modo

⁸⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito e Economia: os caminhos do debate. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua (Coord.). **Agenda Contemporânea - Direito e Economia - 30 Anos de Brasil**. Tomo 1, Série GVLaw, São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 236-242.

⁸⁷ NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia – introdução ao Direito econômico**. 3a Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 30

⁸⁸ PINHEIRO, Armando Castellar; SADDI, Jairo. **Uma introdução teórica. Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 15.

⁸⁹ PINHEIRO, Armando Castellar; SADDI, Jairo. **Uma introdução teórica. Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 12.

⁹⁰ PINHEIRO, Armando Castellar; SADDI, Jairo. **Uma introdução teórica. Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 14.

⁹¹ PINHEIRO, Armando Castellar; SADDI, Jairo. **Uma introdução teórica. Direito, Economia e Mercados**. Elsevier, 2005, pp. 11-12.

negativo, como ludibriar e confiscar.⁹² Para esta tradicional vertente da *Law and Economics*, cujo maior expoente é Richard Posner, bastaria a análise de uma norma isolada de seu ambiente institucional para se interpretar economicamente o Direito. O argumento básico é a de que o Direito deve ser visto como um sistema legal que deve ser constituído e aplicado para gerar uma maior eficiência alocativa, cujo objetivo seria o equilíbrio geral de Pareto, alcançado por meio da busca do ideal da concorrência perfeita, o que gerou um grande paradoxo, na medida em que as instituições criariam um mundo que funcionaria sem elas. Apesar disto, esta visão neoclássica influenciou o Direito no decorrer de meados do século XX ao estabelecer novos padrões regulatórios, que mudaram de um formato associado ao Estado de bem-estar para uma era neoliberal, criando um novo aparato institucional em que o desenvolvimento era baseado no mercado, apoiando-se o Direito na racionalidade econômica. Neste novo mundo, não existiriam custos de transação, que seriam imperfeições ao equilíbrio competitivo, e as falhas de mercado seriam preferíveis às falhas de governo, negando-se a importância das instituições da História e do próprio Direito como ciência.⁹³

Houve reação ao movimento, baseada em argumentos como o da racionalidade limitada dos agentes econômicos (diferentemente da lógica paretiana), causada essencialmente pela incerteza do mundo econômico e pela capacidade cognitiva limitada. Autores como Oliver E. Williamson afirmaram que não era somente no Estado que prevaleciam relações de troca não mercantis, mas também nas corporações, onde ocorre a substituição de atos de compra e venda (mercantis) por atos gerenciais internos baseados em relações hierárquicas. A organização destas relações se daria por meio de contratos, que seriam incompletos devido à assimetria de informação, principalmente, o que geraria conflito devido à alteração do ambiente econômico e institucional, que se resolveriam judicialmente ou parajudicialmente.

Assim, existiria um arcabouço institucional da economia que exigiria leis e mecanismos de *enforcement*, ou seja, as transações criam custos que exigem instituições (públicas e privadas) para diminuí-los.⁹⁴

Tais constatações, juntamente com a idéia dos custos de transação de Ronald Coase, levaram ao desenvolvimento de uma teoria institucionalista, ou melhor,

⁹² SOUZA, Alexandre Campos Gomes. **Ensaio sobre regulação monetária e financeira**. 2009. 205 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009, pp. 31-34.

⁹³ MACEDO, Bernardo Gouthier. Economia e Direito: um diálogo entre iguais. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua (Coord.). **Agenda Contemporânea - Direito e Economia - 30 Anos de Brasil**. Tomo 1, Série GVLaw, São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 216- 219.

⁹⁴ MACEDO, Bernardo Gouthier. Economia e Direito: um diálogo entre iguais. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua (Coord.). **Agenda Contemporânea - Direito e Economia - 30 Anos de Brasil**. Tomo 1, Série GVLaw, São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 219-222.

neoinstitucionalista,⁹⁵ representada economicamente pela Nova Economia Institucional (NEI), onde custos de transação são incluídos nos fenômenos econômicos e decorrem essencialmente das instituições e da História.⁹⁶ Esta abordagem aponta para inclusão das diversas instituições, sejam formais ou informais, e sua atuação no ambiente econômico. Diferentemente da teoria econômica tradicional, elas não seriam apenas um dado a ser considerado como uma variável exógena, mas sim variáveis de estudo, passíveis de mensuração e de análises objetivas (*institutions matter*). Analisa-se a interação entre os agentes econômicos de acordo com as instituições, dentre elas o Poder Judiciário, por exemplo, e, a partir daí, compreende-se processo regulatório para sanar as falhas do mercado, que estariam relacionadas às possíveis fragilidades das instituições.⁹⁷ Desta noção, portanto, a NEI busca o melhor funcionamento do mercado pela diminuição dos custos de transação,⁹⁸ sendo estes afetados pelas citadas instituições que promovem comportamentos por meio de regras e de acordo com seu ambiente de aplicação.⁹⁹ O próprio mercado seria uma instituição, já que a relação entre as firmas, internamente hierarquizadas, dar-se-ia em um ambiente institucional histórico. Sob os auspícios desta vertente institucionalista da *Law and Economics*, pode-se dizer que o Direito teria certa primazia sobre a Economia, na medida em que a análise é baseada no próprio sistema legal.¹⁰⁰

As leis seriam determinantes para minimizar o impacto dos custos nas relações econômicas, seja pela distribuição do direito de propriedade, seja pela definição da redistribuição da renda. Os contratos facilitariam a troca de bens dentro do mercado e não da empresa, além de distribuir riscos e o Judiciário arbitraria disputas no caso de situações não previstas no contrato.¹⁰¹

⁹⁵ A teoria institucionalista não coloca os custos de transação como tema central, mas os custos de produção, conforme John Commons. O neoinstitucionalismo estuda a transação em si, ao contrário da institucionalista que focava o bem produzido. Com efeito, analisam-se a troca de direitos, não de bens, definidos socialmente antes mesmo da produção, ou seja, as transações são definidas por institutos, oriundos das relações sociais. YEUNG, Luciana. **Além dos “achismos”, do senso comum e das evidências anedóticas: uma análise econômica do judiciário brasileiro**. 2010. 242 f. Tese (Doutorado) – Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2010, p. 16.

⁹⁶ MACEDO, Bernardo Gouthier. Economia e Direito: um diálogo entre iguais. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua (Coord.). **Agenda Contemporânea - Direito e Economia - 30 Anos de Brasil**. Tomo 1, Série GVLaw, São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 219-220.

⁹⁷ SOUZA, Alexandre Campos Gomes. **Ensaio sobre regulação monetária e financeira**. 2009. 205 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009, pp. 31-34

⁹⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. Capítulo 3: Regulação e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). **Regulação e desenvolvimento**, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 30.

⁹⁹ RIBEIRO, Márcia Carla; GALESKI, Junior. **Teoria geral dos contratos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

¹⁰⁰ MACEDO, Bernardo Gouthier. Economia e Direito: um diálogo entre iguais. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua (Coord.). **Agenda Contemporânea - Direito e Economia - 30 Anos de Brasil**. Tomo 1, Série GVLaw, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 215.

¹⁰¹ PINHEIRO, Armando Castellar; SADDI, Jair. **Uma introdução teórica. Direito, Economia e Mercados**. Elsevier, 2005, p. 14.

Douglas North afirma que as instituições formam as estruturas de incentivo da sociedade, sendo que as instituições políticas e econômicas determinam a performance econômica e, portanto, o desenvolvimento. Além disto, o autor acredita ser o fator “tempo” fundamental para a sua determinação, sendo ele a dimensão em que o processo de aprendizagem dos seres humanos as formatam de acordo com as mudanças sociais e não apenas de acordo com a vontade de um único indivíduo.¹⁰²

As instituições, nesse sentido, são limitações humanamente projetadas às interações sociais, podendo ser formais, como as leis, ou informais, como as normas de comportamento. Seria exatamente a conjunção destas limitações adicionadas às características de sua coercibilidade providas pelo sistema judicial, que determinaria os custos de transação e transformação adicionados ao custo de produção.¹⁰³ O autor, ainda, as relaciona ao sistema cognitivo humano no qual elas representariam o mecanismo individual mental externo criado para estruturar e ordenar o ambiente, onde se pode perceber a real influência da criação dos limites formais ou informais e de sua mudança no decorrer do tempo.

O Direito, portanto, está umbilicalmente associado à Economia na medida em que não existem fatos econômicos não influenciados pelas instituições criadas e asseguradas por ele. Este é o diálogo contemporâneo que é colocado quando se fala da relação entre Direito e Economia e que resultou no que se denomina Análise Econômica do Direito (AED), diálogo este dividido entre as tradições deixadas pelos juristas institucionalistas (Commons) e pelos realistas (Llewellyn), capitaneadas em um novo discurso da teoria da escolha racional de um lado e pela teoria dos jogos de outro, mas ambas as teorias para tomada de decisão em situações de escassez e envoltas em custos. Apenas para ressaltar, estas tradições foram deixadas por juristas da *common law*, onde a análise econômica do sistema jurídico abrange uma gama bem maior de normas e teorias do que na *civil law*, uma vez que, a tradução da própria palavra *Law* é mais abrangente que a palavra direito no português.¹⁰⁴ Entretanto, isto não invalida a aplicação da AED no Brasil, apenas demanda maior cuidado na transposição dos termos que serão aqui aplicados.

O que se pretende, na realidade, é retomar o diálogo entre a formalização da Economia e a informalização do Direito. Esta informalização é intrínseca ao Direito, já que a realização dos juízos jurídicos em cada caso, objeto da matéria, está além da formalização,

¹⁰² NORTH, Douglas Cecil. Economic Performance Through Time. **The American Economic Review**, June 1994, pp. 359-360.

¹⁰³ NORTH, Douglas Cecil. Economic Performance Through Time. **The American Economic Review**, June 1994, p. 360.

¹⁰⁴ FARIA, Guiomar T. Estrella. **Interpretação econômica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1994, p. 15.

apesar da estruturação e conceptualização. A Economia teria o condão de oferecer uma teoria científica para prever os efeitos das sanções jurídicas sobre o comportamento, ou seja, possibilitaria a utilização de uma teoria comportamental para verificar qual a reação dos indivíduos face à mudança do Direito, bem como a utilização de um padrão normativo para avaliar o Direito e a política. Assim, seria possível prever os efeitos de certas políticas públicas que buscassem maior eficiência ou melhor distribuição. Isto é um pouco contestável na medida em que são utilizados os modelos de agentes racionais para minimizar os custos das escolhas, criando situações hipotéticas nem sempre verificáveis na realidade, muito mais multifacetada.¹⁰⁵

Partindo-se desta premissa teórica, Márcia Carla Pereira Ribeiro enfoca juridicamente a relação entre a Economia e Direito por meio da AED. Segundo a autora, ela é um método de interpretação do fenómeno jurídico no qual são utilizadas as metodologias criadas na ciência econômica, especialmente com a incorporação dos elementos valor, utilidade e eficiência. Em outras palavras, sob uma abordagem epistemológica, a AED seria o campo do conhecimento humano cujo objetivo é utilizar o ferramental teórico e empírico da Economia e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do Direito, aperfeiçoando e desenvolvendo as normas jurídicas.¹⁰⁶ Em linhas gerais, AED seria, enfim, a aplicação de métodos da economia sobre comportamento regulado por normas jurídicas; seria um corpo teórico fundado na aplicação da economia às instituições jurídico-políticas, utilizando-se o conceito de instituições de Douglas North. Ela deve necessariamente levar em consideração a questão da escolha racional dos agentes, a eficiência, as falhas de mercado e os custos de transação como temas econômicos na interpretação do Direito.¹⁰⁷ Aqui, pode-se colocar um outro embate doutrinário, além daquele relacionado à ligação intrínseca entre Direito e Economia: a possibilidade de efetivamente se realizar uma análise econômica do Direito, já que tanto este quanto a Economia constituem sistemas diferentes, possuindo pressupostos científicos diversos. Entretanto, como abordado anteriormente, o diálogo é inevitável, apesar da formalidade de um e informalidade de outro, principalmente porque os juristas não possuem o

¹⁰⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito e Economia: os caminhos do debate. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua (Coord.). **Agenda Contemporânea - Direito e Economia - 30 Anos de Brasil**. Tomo 1, Série GVLaw, São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 242-245.

¹⁰⁶ GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 7-33, Jan-Jun, 2010, p. 8.

¹⁰⁷ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, pp. 67-70.

devido instrumental analítico para analisar a realidade sobre a qual juízos de valor são exercidos, sendo que a AED ofereceria exatamente este instrumental teórico.¹⁰⁸

Quanto à metodologia, segundo Ivo Teixeira Gico Júnior, os “juseconomistas” (adeptos da AED) enxergam o Direito como um sistema de regras que oferecem custos e benefícios para os agentes se comportarem em função destes incentivos, ou seja, a AED estuda as causas e conseqüências das regras jurídicas em determinado ambiente institucional para analisar e prever o comportamento dos agentes diante destas regras. Portanto, nem sempre a normatividade do Direito é pressuposta, pois os agentes podem ignorar certas regras em que estão envolvidos. Ainda em relação à metodologia da AED, o autor acredita ser importante aprofundar questões relacionadas ao individualismo metodológico, ao reducionismo e a Teoria da Escolha Racional, todas ferramentas fornecidas pela Economia.¹⁰⁹

O individualismo metodológico se refere à necessidade de se analisar o comportamento individual dos agentes que fazem parte de determinado grupo para poder entender o comportamento deste próprio grupo, o que é relevante para a AED, na medida em que esta adota a escolha individual como premissa de análise. Como exemplo, pode-se citar a necessidade de se estudar a estrutura de incentivos de cada magistrado e suas relações para entender a estrutura de funcionamento do Poder Judiciário. Deve-se fazer uma importante ressalva. O individualismo metodológico é um instrumento de análise, não representando uma ética a ser dotada pelos agentes objetos desta análise, ou seja, não tem o condão de representar o seu dever de comportamento, como, por exemplo, o dever de ser maximizador da ação. A AED, assim, não pressupõe que os indivíduos deixem de levar considerações altruístas na tomada de decisões ou que estas são refletidas pelos agentes isoladamente, apenas se assume que os agentes são maximizadores de sua utilidade, não importando o que isto signifique para eles.

O reducionismo se refere à necessidade de se escolher variáveis frente a outras tantas existentes no mundo onde o objeto de análise é colocado, para se possibilitar a construção de um modelo teórico útil para a análise de determinado problema. Quando se tem em mente uma visão neoinstitucionalista, por exemplo, escolhem-se variáveis ligadas aos custos de transação e às instituições para elaboração do modelo teórico.

A Teoria da Escolha Racional leva em consideração três formas de se encarar a racionalidade para a ciência econômica. A primeira seria relacionada às preferências dos

¹⁰⁸ GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 7-33, Jan-Jun, 2010, p. 8.

¹⁰⁹ GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 7-33, Jan-Jun, 2010, p. 16.

agentes, ou seja, que cada indivíduo possui seus próprios gostos, não se fazendo julgamento de valor acerca destas preferências ou se elucubrando sobre a sua motivação. A segunda forma seria a utilidade que os indivíduos colocam para cada escolha possível, sendo que a Economia também não permite estas utilidades sejam comparadas entre diversos agentes. A última forma é representada pela análise marginal, pelo qual um agente será racional quando continuar a agir da mesma forma enquanto estiver obtendo vantagens desta maneira.¹¹⁰

O método da AED, ainda, pode ser baseado em dois enfoques: um na análise positiva do Direito, chamada de AED positiva, relativo aos efeitos econômicos que ocorrem com um determinado enquadramento jurídico, e outro na análise normativa do Direito, chamada de AED normativa, que determina qual enquadramento jurídico pode ser criado a fim de se atingir a maior eficiência econômica. A AED, desta forma, possui dois níveis metodológicos: um positivo, eminentemente descritivo, ocupando-se das repercussões práticas do Direito sobre o mundo real; e um normativo, mais propositivo, ocupando-se do modo como as noções de Justiça se relacionam com os conceitos de eficiência, maximização da riqueza e do bem-estar, típicos da ciência econômica, ou seja, trata de como a norma deve ser.¹¹¹

Referindo-se ao primeiro nível, o da AED positiva, extremamente relevante abordar alguns aspectos teóricos, principalmente referentes à sua operacionalização. Ao se considerar apenas o instrumental econômico referente à microeconomia, apenas para delimitar a abordagem e possibilitar sua explicação,¹¹² deve-se colocar a pergunta: de que forma a microeconomia é útil para a análise do Direito? Segundo Bruno Meyerhof Salama, baseando-se na obra de Robert Cooter, existem três versões para explicar tal idéia. Uma versão reducionista, onde o Direito é reduzido à economia, pois as categorias jurídicas tradicionais, como direitos subjetivos ou culpa, são substituídas por categorias econômicas. É uma posição minoritária, pois não reflete a realidade adequadamente. Outra versão é a da explicação, pela qual a Economia seria capaz de prover uma teoria explicativa da estrutura das normas jurídicas, ou seja, os sistemas jurídicos resultariam das ações coordenadas minimizadoras de recursos pelas pessoas. O problema estaria no fato de não levar em consideração a cultura e

¹¹⁰ GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 7-33, Jan-Jun, 2010, pp. 26-29.

¹¹¹ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia”? In: **Cadernos Direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 2, março de 2008. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2811>. Acesso em 01/07/2012, pp. 4-5.

¹¹² Em uma forma mais ampla, as questões econômicas ligadas à microeconomia seriam: a teoria do consumidor, com o conceito de utilidade; a teoria do funcionamento do mercado, com os conceitos de oferta e demanda; a teoria da empresa, relacionada à produção; e a teoria das estruturas de mercado, que diz respeito à concorrência. RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 73.

história como instituições (informais) influenciadoras das ações, ou seja, a economia explicaria apenas parte do Direito. A terceira versão é a preditiva, na qual a Economia pode ser utilizada para prever as consequências das regras jurídicas e seus efeitos sobre o comportamento dos atores sociais. Os institutos jurídicos são analisados pela sua funcionalidade, não por meio dos textos e princípios jurídicos. Uma crítica que se faz é quanto à limitação desta versão, que funcionaria melhor com algumas áreas do Direito do que em outras. Todavia, esta é a melhor resposta para a pergunta formulada.¹¹³

Após considerar a importância do instrumental microeconômico para o Direito, cabe indagar: quais são os conceitos centrais de microeconomia relevantes para essa análise? A melhor explicação deve se centrar na teoria neoinstitucionalista que, conforme antes explicado, utiliza a ciência econômica para analisar as normas e regras sociais (instituições) que sustentam a atividade econômica, baseando-se nos custos de transação, pois: a história e o contexto cultural importam para a economia (*path dependence*); a análise do Direito pressupõe sua evolução, sendo relevante a utilização de outras teorias, como a Teoria dos Jogos e a da Escolha Racional; e deve existir uma preocupação prática ao invés da especulativa por meio da filosofia. Partindo disto, pode-se concluir que a AED positiva utiliza tanto modelos mentais como ferramentas analíticas típicas da Economia como os conceitos microeconômicos. Dentro deste quadro, os instrumentais relevantes seriam os conceitos de escassez, maximização racional, equilíbrio, falhas de mercado, a teoria dos custos de transação, a teoria dos jogos e eficiência.

A escassez faz parte do próprio conceito de economia e força os indivíduos a realizarem escolhas baseados em *tradeoffs* (a proteção aos direitos consome recursos e devem entrar nessa lógica). Como os recursos da sociedade são escassos, ela deve fazer escolhas entre alternativas possíveis e excludentes.

Por sua vez, a maximização racional implicaria o fato de que os indivíduos racionalmente maximizam o seu bem-estar (valores monetários e não monetários) em todas as atividades, o que leva à idéia de decisão marginalista (benefício acima dos custos), própria dos economistas neoclássicos e da Escola Austríaca. Esta idéia é instrumental, ou seja, é utilizada apenas para construção de teorias que permitam simplificar e compreender a conduta humana, não para provar que esta é a razão fundamental do comportamento humano propriamente dito (racionalidade limitada). Mas, sem considerar isto, qual seria a utilidade de

¹¹³ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia”? In: **Cadernos Direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 2, março de 2008. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2811>. Acesso em 01/07/2012, pp. 10-11.

sua utilização? Seria o fato de poder possibilitar a previsão do quanto a racionalidade pode captar do comportamento humano frente à realidade complexa (capacidade preditiva), apesar de não ser totalmente realista, levando a uma maior precisão empírica.

O equilíbrio deve ser considerado como padrão comportamental interativo que se atinge quando todos os atores estão maximizando seus próprios interesses simultaneamente. A AED ajudaria a entender os equilíbrios em várias situações, como mercado e eleições, por exemplo. Estes equilíbrios se alteram ao longo da história.

As falhas de mercado, por sua vez, seriam conceitos econômicos que serviriam como norte para a elaboração das políticas públicas por meio da legislação. Falhas de mercado são o fracasso dos mercados do mundo real em alcançar os padrões do mercado imaginário, chamado de perfeito (e que possui: atonicidade, cada agente econômico age como se o preço fosse fixo, ou seja nenhum comprador ou vendedor é suficientemente forte para exercer uma influência significativa nos preços; homogeneidade, o produto é homogêneo, ou seja tem o mesmo significado para todos envolvidos, e deve ser identificável na ausência do vendedor; fluidez, liberdade para compradores e vendedores entrarem ou saírem do mercado, e; transparência, os agentes econômicos têm perfeito conhecimento da quantidade, qualidade e preço dos produtos em oferta), e seriam, basicamente: externalidades ubíquas, os bens públicos, a competição imperfeita e a informação inadequada.¹¹⁴

Outro elemento leva em consideração que os indivíduos agem racionalmente pra maximizar suas preferências, o que leva à situação de equilíbrio, sugerindo que eles respondam a incentivos para tanto. Observe-se que os incentivos podem gerar efeitos opostos, motivo pelo qual a maximização não pode ser considerada uma verdade absoluta.

Em adição às falhas de mercado, a teoria dos custos de transação estaria ligada às variáveis ligadas ao custo de se negociar, devendo, assim, serem os mais baixos possíveis a fim de se estimularem os agentes, que sempre buscam a maximização de seus interesses. Esta teoria é instrumental importantíssimo fornecido pela ciência econômica para a análise das normas jurídicas.

A teoria dos jogos não é necessariamente uma premissa, mas um instrumento utilizado para compreender e prever os comportamentos das pessoas diante de uma situação conflitante. A norma jurídica é tratada como indutora de comportamentos, pois, apresentadas as possibilidades legais, o agente decide estrategicamente o que fazer, sendo que a teoria dos jogos explicaria esta opção.

¹¹⁴ MITCHELL, William C.; SIMMONS, Randy T. **Para além da política: mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia**. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003, pp. 40-54.

Por fim e mais relevante, é o conceito de eficiência, que teria diversas acepções. A mais comum seria a maximização da riqueza e bem-estar pelos menores custos sociais. Para a microeconomia, neste contexto, importam só seguintes conceitos de eficiência: a paretiana e a de Kaldor-Hicks. A eficiência paretiana considera que a melhora de um indivíduo não pode piorar a situação de outro. O problema estaria em não considerar o aspecto social, já que, teoricamente, uma situação de concentração de recursos é eficiente, não se considerando os que não os possuem (lógica utilitarista), ou seja, a mudança de incentivos legais não operaria qualquer mudança. A eficiência de Kaldor-Hicks parte da lógica paretiana, apenas incluindo o fato de que os ganhadores do processo possam compensar os perdedores, ou seja, admite-se a possibilidade de mudança mesmo que alguns indivíduos saiam perdendo. Todavia, ainda caberia outra crítica baseada no fato de que se consideraria apenas o nível de riqueza, sem se falar em redistribuição.

Partindo-se destas idéias, a relevância da AED positiva estaria na análise de regras existentes para verificar se elas atingem os objetivos declarados, análise esta que necessita dos instrumentais da microeconomia conforme descritos acima, pois caso eles não forem verificados, dificilmente o debate sobre meios e fins, tipicamente político (normativo), serão alcançados. Ou seja, as normas jurídicas deveriam atender da melhor maneira possível aos fins a que se destina relacionar a um ideal democrático, o que só pode ser verificado por meio de uma análise descritiva das intuições existentes. Sim, pois, se for considerado, assim como John Rawls, que em uma democracia liberal são os cidadãos que escolhem as políticas públicas, devendo a legislação se orientar para tanto, esta deve atender da melhor maneira possível àquelas e, para isto, seria de grande utilidade a AED positiva, que possibilitaria a verificação da pertinência entre meios e fins normativos.¹¹⁵

Em relação ao segundo nível metodológico, o da AED normativa, as questões teóricas giram em torno mais de proposições, não de descrições. Como o escopo é propositivo, a preocupação recai sobre o modo como as noções de justiça se relacionam com os conceitos de eficiência, ou seja, como a norma deve ser para ser mais eficiente. Assim, cabe a indagação: como se daria esta relação entre Justiça e eficiência? Três visões são pertinentes sobre a maximização de riqueza: (i) ela é fundação ética do Direito; (ii) ela é um objeto a ser perseguido por meio de uma visão pragmática do Direito; (iii) a maximização faz parte das políticas públicas dentro de um contexto de Estado de bem-estar. A primeira visão

¹¹⁵ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia”? In: **Cadernos Direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 2, março de 2008. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2811>. Acesso em 01/07/2012, pp. 13-25.

fundacional era de Richard Posner, que a abandonou pela visão do pragmatismo. A última foi elaborada por Guido Calabresi, que colocou a visão de Justiça acima do critério de maximização de riqueza, mas não o abandonando, pois este serviria como instrumento para a diminuição dos custos sociais dentro das atividades de um Estado regulatório moderno.

Em relação às três visões, cabem ainda alguns esclarecimentos e algumas críticas. Na primeira visão, a fundacional, o Direito é visto como um sistema de incentivos indutor de condutas para promoção da maximização de riquezas. Assim, a maximização é o pilar do Direito, sendo seu critério ético, na medida em que define se uma regra é justa ou injusta. O problema está na definição do que é “riqueza”. O Direito como sistema de incentivos seria o aparato institucional necessário para se efetivar os intercâmbios econômicos, por exemplo, definindo o que é propriedade e como ela se transfere por meio de contrato ou definindo a responsabilização extracontratual por meio da responsabilidade civil. Entretanto, como a Economia não consegue prever por si mesma o comportamento dos mercados, não o faria também no campo jurídico, não conseguindo, inclusive, ser testada empiricamente.

Também a maximização de riqueza não pode ser considerada como um fim em si mesma,¹¹⁶ já que diversas liberdades intrinsecamente desejáveis não conduzem necessariamente ao progresso, além do que a distribuição inicial de direitos na sociedade não é igual, não servindo como critério. Como exemplo, cita-se que o nazismo poderia ser considerado como eficiente, mas é moralmente inaceitável (lógica utilitarista). Na versão pragmática, o pragmatismo abarca uma variedade de visões políticas e jurídicas, totalmente opostas ao formalismo jurídico que discute a relação entre princípios e regras abstratamente. O Direito é um instrumento para a consecução de fins sociais, o que exclui a formulação de qualquer critério abstrato para a formulação de políticas públicas, inclusive o da eficiência. Observe-se que isto não se coadunaria com uma visão conservadora política, pois não considera que o Direito é um sistema completo e que a interpretação dele deva se restringir à aplicação mecânica da norma. Com efeito, a aplicação do Direito deveria sempre sopesar suas consequências, inclusive quanto a valores democráticos.

Em relação à última versão, a regulatória, o Direito é uma fonte de regulação de atividades e, portanto, concretização de políticas públicas. A relação entre Direito e Economia serviria para, (a) definir a justificativa econômica da ação pública, (b) analisar empiricamente as instituições jurídicas e (c) definir os papéis dos tribunais dentro da formulação de políticas

¹¹⁶ DWORKIN, Ronald M. “Is Wealth a Value?” *The Journal of Legal Studies*, v.9, n.2, 1980, pp. 191- 226. *Apud* SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia?”. In: **Cadernos Direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 2, março de 2008. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2811>. Acesso em 01/07/2012, p. 26.

públicas, as quais não teriam a eficiência como base. Mas, neste caso será que o que é eficiente é justo? Para Guido Calabresi, não, pois o que é eficiente pode ser justo, mas, também não. A questão se referiria mais a como a Justiça pode se beneficiar do critério de maximização, ou seja, como a ética consequencialista da Economia pode interferir na deontologia da Justiça. Assim, essa visão regulatória contribuiria para a aplicação do Direito pelo juiz da subsunção imediata da norma na medida em que ele se ater à sua função normatizante, que iria além das partes envolvidas *sub judice* para considerar consequências políticas, econômicas e sociais em direção ao que seria justo.¹¹⁷

Sobre a divisão entre AED positiva e AED normativa é relevante fazer algumas ressalvas. Dentro de um paradigma jusnaturalista, esta divisão não existe, na medida em que, caso uma lei contradiga o Direito natural, não é justa, logo não é Direito, pois não decorre da razão ou de Deus. A classificação apenas faria sentido sob o ponto de vista juspositivista, este orientado para o estudo do Direito como ciência autônoma, com independência metodológica e apartada na moral e da política. Assim, sob este aspecto, as estruturas sociais poderiam ser alteradas pelo Direito, concebido como instrumento de mudança. Todavia, esta independência resultou em um hermetismo que levou a uma retórica sem qualquer preocupação empírica falsificável. Isto gerou consequências. A primeira foi o jusrealismo norte-americano, como já explanado. Na Europa, a reação foi o neoconstitucionalismo,¹¹⁸ que se aproxima do jusnaturalismo, mas que dele difere por utilizar princípios oriundos do próprio ordenamento jurídico, e não padrões metafísicos, para interpretar a lei e, conseqüentemente, flexibilizar a autonomia antes imposta pelo juspositivismo. Com o neo-constitucionalismo, portanto, a divisão entre a AED positiva e a AED normativa ainda faz sentido, ainda que adquirindo outro patamar.¹¹⁹

O neo-constitucionalismo, todavia, apesar de se preocupar com valores, não trata das consequências reais de determinada lei ou decisão judicial, relegando a um nível inferior a importância do desenvolvimento de instrumentais analíticos para mensurar as consequências de determinadas normas na realidade, já que o intérprete e o aplicador ficaram reféns de sua própria intuição, gerando uma epistemologia eminentemente idiossincrática, ou seja, não foi criada qualquer possibilidade de se analisar com maior acuidade o resultado que determinada

¹¹⁷ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia?”. In: **Cadernos Direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 2, março de 2008. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2811>. Acesso em 01/07/2012, pp. 25-37.

¹¹⁸ GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 7-33, Jan-Jun, 2010, p. 13.

¹¹⁹ GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 7-33, Jan-Jun, 2010, pp. 14-15.

norma teria dentro de determinado arcabouço institucional. E é exatamente dentro deste campo, o do ponto de vista epistemológico-jurídico, que a AED adquire maior relevância, pois introduz uma nova metodologia para a compreensão do comportamento humano, o que pode auxiliar na melhoria da racionalidade das decisões jurídicas.¹²⁰

Para Cooter e Ulen, a AED é importante em sua vertente positiva, pois pode ser relacionada com políticas públicas estabelecidas por normas gerais e não pelo magistrado em um caso singular. Estas políticas tem por fundamento uma legislação com fins coletivos, não necessariamente neoliberais, e não individuais, sendo que a AED positiva criaria hipóteses de impacto destas leis e a avaliação dos impactos destas leis. Diferentemente, a atividade dos juízes lidaria com relações contratuais entre homens maximizadores de seus interesses, cujos limites se encontrariam na convivência obrigatória entre eles e nas trocas que seriam realizadas no futuro, o que alteraria simplicidade de um modelo comutativo, onde a única solução para análise estaria na teoria dos jogos ou da escolha racional. Esta última vertente tem por expoente Richard Posner que, veementemente, acredita serem as regras jurídicas interpretadas para facilitar a maximização das escolhas, ou seja, a Economia forneceria uma teoria da decisão inclusive para os juízes. O problema desta AED normativa de Posner estaria no fato de que os esquemas comutativos da *common law* serem distributivos, mas não gerarem mudanças estruturais. Outros problemas estariam relacionados à limitação do modelo do *homo economicus* e à impossibilidade da racionalidade do auto interesse esgotar os motivos da ação de um indivíduo, o que seria um pressuposto frágil e reducionista do ponto de vista sociológico, limitando-se a natureza humana à dimensão econômica, como bem pontua Lucas Franco de Paula.¹²¹

Excluindo-se, portanto, a AED normativa, a contribuição da Economia para o Direito na contemporaneidade estaria em fornecer critérios de avaliação de institutos jurídicos, principalmente quando o critério for o da eficiência, e, mais importante, devido à capacidade da Economia em quantificar os processos e atividades humanas, fornecer ao Direito os elementos de fato sobre os quais seriam exercidas as atividades de qualificação ou imputação

¹²⁰ GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 7-33, Jan-Jun, 2010, p. 16.

¹²¹ PAULA, Lucas Franco de; CENCI, Elve Miguel. Algumas reflexões críticas da visão da Análise Econômica do Direito sobre a teoria das externalidades no contexto da contemporaneidade. In: Vladimir Oliveira da Silveira. (Org.). **Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI - "Sistema Jurídico e Direitos Fundamentais Individuais e Coletivos"**. Uberlândia: Universidade Federal de Uberlândia, 2012, v. 1, p. 5524-5533.

de sentido à norma.¹²² E é esta vertente, a da AED positiva, que é adequada quando se quer responder à questão: as decisões judiciais acerca dos contratos de concessão de serviço público realmente afetam os seus custos de transação?

Apenas para acrescentar, pragmaticamente, o Direito e Economia deve ser introduzido na Academia brasileira para (a) aprofundar a discussão sobre as alternativas institucionais disponíveis para o desenvolvimento, (b) apontar os incentivos das instituições jurídicas existentes, (c) repensar o papel do Poder Judiciário nas políticas públicas e (d) enriquecer a gramática jurídica. Isto seria feito a partir das seguintes perspectivas: análise institucional comparativa; efeitos sistêmicos de uma legislação nova; comprovação empírica dos efeitos da nova norma; interdisciplinaridade; demonstração efetiva das falhas de mercado e das falhas de governo (regulatórias); estudos comparados; teoria jurídica; e filosofia do Direito e ética pública.¹²³

2.2 O PODER JUDICIÁRIO SOB A PERSPECTIVA DA NEI E DA AED

Estabelecidas estas premissas sobre as relações entre Direito e Economia e o enfoque dado pela AED, é necessário inserir a avaliação do contrato de concessão de serviço público como instrumento do desenvolvimento. E, para tanto, o Direito deve ser encarado como instrumento, na medida em que busca a concretização dos fins determinados por políticas públicas de infraestrutura. Sob o enfoque da NEI e da AED, assim, uma análise eficiente da jurisprudência brasileira nos moldes ora propostos passa necessariamente pela afirmação das instituições garantidoras dos contratos celebrados pela Administração, em especial dos já citados contratos de concessão de serviço público ligados aos setores de infraestrutura. Para isto, deve-se identificar o objeto central do estudo, ou seja, instituições, para que a referida análise possa ser feita.

Instituições, segundo Douglas North, seriam as estruturas de incentivo da sociedade, representando limitações humanamente projetadas às interações sociais, podendo ser regras formais, como as leis, ou regras informais, como as normas de comportamento não previstas

¹²² LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito e Economia: os caminhos do debate. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua (Coord.). **Agenda Contemporânea - Direito e Economia - 30 Anos de Brasil**. Tomo 1, Série GVLaw, São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 246-257.

¹²³ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia”? In: **Cadernos Direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 2, março de 2008. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2811>. Acesso em 01/07/2012, pp. 37-42.

legalmente, ambas determinando a atuação de diversos indivíduos e entes sociais (inclusive juízes),¹²⁴ ou seja, delimitando a tomada de decisão pelos indivíduos. Simplificando o conceito, pode-se dizer que, dentre diversas acepções de instituição, existe um elemento comum, caracterizado pelo conjunto de princípios e regras determinantes de relações sociais.

Sob a ótica do Direito, instituição poderia ser encarada como o ordenamento jurídico, uma vez que este representa a unificação de elementos diversos exigentes de um modelo que os represente. Um dos elementos essenciais nesta idéia seria a duração de conceitos fundamentais determinantes de uma área de estudo. Instituições, assim, representariam uma ordem sistêmica de disciplina, orientadora inicial de normas que seguem certo padrão lógico-normativo. Por exemplo, instituições de Direito Público são o conjunto de princípios a ele ligados, bem como os costumes de determinados grupos que servem de parâmetro de sua ação neste campo.

O tempo de duração dos conceitos representa a regularidade de comportamentos, a aceitação de regras consensualmente que possibilitem as relações intersubjetivas, o que permite e leva à possibilidade de que coletividades desenhem suas próprias instituições. Dentro desta concepção, o ordenamento jurídico é uma instituição social e não apenas um fenômeno normativo, pois é a sociedade quem define o fato no qual haverá criação normativa. A norma mesmo seria uma instituição, já que é fruto da organização e estrutura da sociedade que a produz. O Direito teria a função de reconhecer o objeto ordenado e valorizado pela sociedade, para estendê-lo no tempo, estabilizando-o, ainda que não perpetuamente, o que faz da idéia de tempo extremamente conexa e essencial à de instituição, já que mudanças pontuais não teriam o efeito de mudar a individualidade desta.¹²⁵

Raquel Stztajn ainda coloca as instituições como organizações sociais que criam regras constitutivas de uma unidade, que podem se relacionar com outras organizações da mesma espécie, o que leva à idéia de mudança institucional, pois sociedade e instituições seriam sistemas abertos que se auto-influenciam permanentemente. Neste sentido, o Direito reflete uma manifestação dos interesses e práticas da sociedade que o produz.¹²⁶

Encarando o Direito como esta manifestação, abre-se a possibilidade de avaliar os contratos de concessão de serviço público como instrumento de desenvolvimento, pois o próprio contrato pode ser uma instituição, já que decorre de costumes sociais praticados ao

¹²⁴ NORTH, Douglas Cecil. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance**. Cambridge University Press, 1990, p. 304.

¹²⁵ SZTAJN, Rachel; AGUIRRE, Basília. Mudanças institucionais. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). **Direito & Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, pp. 228-230.

¹²⁶ SZTAJN, Rachel; AGUIRRE, Basília. Mudanças institucionais. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). **Direito & Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, pp. 230-234.

longo do tempo e que podem refletir novos valores estabelecidos por esta mesma sociedade que, por conseguinte, atinge outro patamar por meio de uma mudança institucional no Direito concretizado pelos novos fins determinados por políticas públicas de infraestrutura. O sistema judicial representado pelo Poder Judiciário, dentro deste contexto, também é visto como uma instituição que organiza a realização de um trabalho dentro de um ambiente social, no caso, a garantia de eficácia do Direito ou, mais especificamente, a garantia do cumprimento de contratos de acordo com o ordenamento jurídico, conferindo exatamente aquela estabilidade que as instituições propugnam.

As instituições como limitações humanamente projetadas às interações sociais, formais ou informais, adicionadas às características de sua coercibilidade providas pelo sistema judicial, determinariam os custos de transação e transformação adicionados ao custo de produção. O sistema judicial é, desta forma, uma instituição extremamente relevante na organização da atividade econômica, pois garante o cumprimento do pactuado em casos de lacunas não previstas contratualmente ou em casos que envolvam uma ação oportunista de uma das partes.

Como se pode observar, é extremamente difícil estabelecer um conceito definitivo para instituição, já que há confluência entre diversas disciplinas para sua identificação, vista a interdisciplinaridade envolvida no assunto. Dada a diversidade e amplitude do conceito, Oliver E. Williamson, com base em princípios da NEI, ofereceu uma taxonomia que é relevante para identificar as disciplinas ligadas envolvidas em cada tipo institucional, o que é importante para se transitar entre as diversas acepções durante o desenvolvimento de modelos de análise.

Segundo o autor, existem quatro níveis que, de acordo com a classificação, demonstram tanto sua natureza e interação entre si em nível macro e ordem crescente, quanto a dificuldade de mudança de cada instituição, em ordem decrescente. O nível 1 é denominado “enraizamento social”, onde se encontram as instituições informais, como costumes, tradição e religião (variáveis culturais, consideradas como elementos exógenos para os economistas clássicos e, portanto, fora do cálculo econômico, mas não para os neoinstitucionalistas) e afetadas à história e antropologia, por exemplo, cuja mudança é extremamente lenta. O nível 2 é o chamado “ambiente institucional”, onde a mudança é bem menos lenta, compreendendo as estruturas formais ou regras do jogo, conforme Douglas North. Nele se apresentam tanto as leis, quanto o Poder Judiciário e a burocracia que garantem os direitos de propriedade oficialmente (*enforcement*). É neste nível que a AED trabalha. O nível 3 diz respeito à “governança das corporações” e especifica as instituições que são ligadas aos custos para se

garantir regras de forma privada, seriam o “jogo” propriamente dito, como os contratos e as transações mesmas, nas quais o nível de mudança é rápido, mas não contínuo. Por fim, o nível 4 seria ligado à instituições que determinam a “alocação de recursos” ligadas à tomada de decisões, ou seja, que influenciam da determinação de preços, segundo a teoria econômica tradicional, cuja mudança é contínua.¹²⁷

Utilizando a referida classificação, pode-se afirmar que, para responder a questão de como e em que medida as decisões judiciais sobre os contratos de concessão de serviço público afetam seus custos e como esta informação se relaciona com o desenvolvimento, são relevantes os níveis 2, que tratam das instituições formais como o Poder Judiciário e as leis que regulam os contratos, e 3, que trata do contrato propriamente dito. Assim, a questão poderia ser reformulada da seguinte maneira: de que forma as instituições situadas no nível 2, uma referente à base legal contratual e outra referente ao seu *enforcement*, afetam os custos de transação referentes a uma instituição situada no nível 3? Ainda, de que forma esta interação se torna relevante ao desenvolvimento? Dada a limitação da pesquisa, as instituições informais não serão levadas em consideração, apesar de, conforme anteriormente dito, elas também limitarem o comportamento dos agentes, principalmente na resolução de conflitos.

Em relação especificamente ao Poder judiciário, a dogmática jurídica tradicional tende a ver o Estado-juiz como mero solucionador de conflitos. Entretanto, a sociedade de massa e a expansão do consumo obrigaram ao aumento do espectro de atuação da prestação jurisdicional, com vias a vislumbrá-la como reguladora do processo econômico e, portanto, transformadora da economia. Segundo Mário Augusto F. de L. Guerreiro, as sociedades contemporâneas passaram para um novo tipo de estrutura estatal, chamada de Estado pós-social, influenciada pelo neoliberalismo, onde, em um primeiro momento, há privatização e desregulação das atividades econômicas, para, em seguida, regular-se tais atividades, fazendo com que o Estado deixe de intervir diretamente para apenas intervir indiretamente na economia por meio da regulação. Esta transformação, segundo autor, proporcionaria uma drástica redução dos custos de transação.¹²⁸

Claro, esta última afirmação é discutível, pois a diminuição dos custos de transação pode não se dar, devido à alocação inicial dos direitos de propriedade na transição entre os

¹²⁷ WILLIAMSON, Oliver Eaton. *Transaction Costs Economics: How it works; Where It is Headed*. De **Economist**. 146, N. 1, 23–58. Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 1998. Disponível em <<http://classwebs.spea.indiana.edu/kenricha/classes/v640/v640%20readings/williamson%201998.pdf>> Acesso em 03/12/2013.

¹²⁸ GUERREIRO, Mário Augusto Figueiredo de Lacerda. O Poder Judiciário como agente regulador da economia. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GONÇALVES, Oksandro (Coords.). **Revista de Direito Empresarial**, n. 14, pp. 49-72, Curitiba: Juruá, 2010, pp. 51-58.

modelos de Estado. Todavia, importante notar que o Poder Judiciário, como instituição integrante do poder estatal e garantidora do ordenamento jurídico, tem mesmo por uma de suas funções reduzir os custos das transações econômicas, incentivando-as, de modo a eliminar fontes de risco adicionais às negociações.¹²⁹ Em outras palavras, neste novo ambiente estatal, são criadas diversas contingências devido à alteração das regras do jogo que levaram à necessidade de mudanças institucionais que permitissem ao agentes privados terem uma percepção de segurança quanto ao sistema judicial que assegurasse a execução dos contratos na forma pactuada, por onde se pode observar a crescente participação do Poder Judiciário na esfera econômica. Neste sentido, o Judiciário é a garantia do *enforcement* legal dos contratos.¹³⁰

Segundo Guerreiro, este papel é desenvolvido principalmente de duas formas, a saber. A primeira seria por meio do aumento do acesso à Justiça, já que o gasto a ela associado é alto e pode se mostrar um relevante custo de transação a ser considerado nas negociações, o que incentiva as partes a buscarem meios alternativos de solução de seus conflitos, por meio da arbitragem, por exemplo. No Brasil, entretanto, o uso da arbitragem propiciado pela lei geral de concessões não vem sendo muito comum, o que retira a intensidade deste incentivo. Por outro lado, o gasto com o aparelho do Poder Judiciário pode influenciar negativamente na transação, nela sendo incluído. Ainda quanto o acesso à Justiça, o tempo de prestação jurisdicional também é relevante, já que, caso não seja razoável, leva à falta de confiança no Judiciário e, por conseguinte, à realização de acordos que nem sempre atendem aos interesses das partes. A segunda forma estaria ligada à segurança jurídica e previsibilidade que, ainda segundo Guerreiro, seriam elementos constitutivos do próprio Estado de Direito e se consubstanciariam na orientação e realização de direitos de forma segura e previsível. Como já ressaltado, uma sociedade que tem como um dos seus pilares a economia de mercado traz como elemento principal a segurança jurídica para que possam ser calculadas expectativas de desenvolvimento, com base em custos e lucros nas operações econômicas. Atuando de forma contrária, o Poder Público prejudica o planejamento dos agentes econômicos, que acabam por adotar salvaguardas, aumentando os custos de transação. Sendo o Poder Judiciário integrante do Poder Público, cabe-lhe o papel de garantidor das relações jurídicas, exercido por meio da

¹²⁹ GUERREIRO, Mário Augusto Figueiredo de Lacerda. O Poder Judiciário como agente regulador da economia. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GONÇALVES, Oksandro (Coords.). **Revista de Direito Empresarial**, n. 14, pp. 49-72, Curitiba: Juruá, 2010, pp. 51-58.

¹³⁰ YEUNG, Luciana. **Além dos “achismos”, do senso comum e das evidências anedóticas: uma análise econômica do judiciário brasileiro**. 2010. 242 f. Tese (Doutorado) – Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2010, p. 31.

afirmação reiterada do cumprimento dos contratos e da observância dos direitos de propriedade, o que leva à maior previsibilidade para os agentes que atuam no mercado.¹³¹

O Poder Judiciário, assim, tem papel relevante quando se trata da relação entre Direito e Economia. O debate, que cresceu na década de 80 durante os planos econômicos para estabilização monetária e a nova Constituição de 1988, girou em torno do fato de que aqueles teriam negligenciado sistematicamente as liberdades públicas e os direitos individuais. A Carta Magna teria estabelecido dispositivos abertos ou indeterminados, o que permitiu ao Judiciário uma interpretação cada vez mais ampla. Isto e a força atribuída ao Poder executivo teria resultado em um déficit nas contas públicas sem a geração de crescimento econômico,¹³² principalmente quando os julgamentos não levaram em consideração a extensão do plano econômico e suas consequências.

Com relação à perspectiva econômica adotada da NEI, cabe estabelecer alguns pontos. Devido à existência de instituições que moldam o ambiente negocial, existem diversos custos de transação que devem ser levados em consideração no cálculo econômico, o que explicaria, por conseguinte, a não obtenção dos resultados de eficiência alocativa da escola neoclássica econômica. Estes seriam, na definição de Ronald Coase, “o custo do uso do mecanismo de preço”¹³³ ou “o custo gerado por uma transação em uma troca no mercado aberto”,¹³⁴ sendo diretamente afetados pelas instituições, formais e informais, que agem de duas maneiras sobre a economia: *ex ante*, determinando o nível destes custos, e *ex post*, corrigindo resultados ineficientes.¹³⁵ Sem adentrar em detalhes, que serão abordados adiante, quando se fala em contratos sob perspectiva, os principais custos contratuais estão ligados à dificuldade de especificação de atributos dos bens e da força de trabalho, do monitoramento dos contraentes sujeitos à assimetria informacional e à garantia do cumprimento dos contratos. É com relação à esta garantia que o Poder Judiciário cumpre uma de suas inúmeras funções. Como instituição com a atribuição de interpretar e aplicar as leis e, por conseguinte, garantir a

¹³¹ GUERREIRO, Mário Augusto Figueiredo de Lacerda. O Poder Judiciário como agente regulador da economia. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GONÇALVES, Oksandro (Coords.). **Revista de Direito Empresarial**, n. 14, pp. 49-72, Curitiba: Juruá, 2010, pp. 58-67.

¹³² PINHEIRO, Armando Castellar; SADDI, Jair. **Uma introdução teórica. Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 4.

¹³³ “the cost of using the price mechanism”. COASE, Ronald. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, 3:1-44, 1961, p. 15.

¹³⁴ “the cost of carrying out a transaction by means of an exchange on the open market”. COASE, Ronald. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, 3:1-44, 1961, p. 15.

¹³⁵ Segundo Ronald Coase, uma determinação legal pode ser ineficiente quando atrelada a casos em que os custos de transação são elevados, pois o mercado não seria capaz de garantir o correto funcionamento de todos o sistema, por onde instituições, como o Poder Judiciário, seriam diretamente responsáveis pela maximização do bem-estar social. COASE, Ronald. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, 3:1-44, 1961.

proteção dos direitos de propriedade e a execução dos contratos, ou seja, garantir as “regras do jogo”, é fundamental para criar um ambiente sólido ao desenvolvimento. Portanto, há uma clara relação entre o modo de funcionamento do sistema judicial e os custos de transação envolvidos na execução forçada dos contratos.¹³⁶

Apenas como um adendo, já que não é este o objetivo ora proposto, as leis relativas à atividade econômica, que devem ser aplicadas pelo Judiciário, possuem quatro funções: definir direitos de propriedade, estabelecer regras para negociação, definir regras para participação no mercado e promover a competição ou regular as ações em um ambiente de monopólio. E, obviamente, quanto mais claras e bem escritas, tais leis levam a que o Poder Judiciário julgue com presteza e gere previsibilidade. Utilizando-se da AED Positiva, pode-se verificar a qualidade desta legislação que, inclusive, serve de embasamento para os contratos, indicando propostas com vias a sua melhoria.

Um bom sistema judicial, conforme explica Armando Castellar Pinheiro, deve assegurar um baixo custo de acesso e decisões justas, rápidas e previsíveis. Um indicativo possível para a aferição destas qualidades é a frequência de litígios. Muitos litígios indicariam um alto consumo de recursos e leis ou contratos desrespeitados em excesso. Poucos litígios indicariam que os contraentes estariam procurando soluções alternativas aos seus conflitos, que, invariavelmente, surgem no decorrer da vida do contrato. Além deste indicativo, a avaliação de um bom sistema judicial também deve passar pelo seu relacionamento com o desenvolvimento, ou seja, o sistema é bom se leva a tal, caso, contrário, é ruim.

Conforme explicado anteriormente, o crescimento é uma das facetas do desenvolvimento e é alcançado por meio do aumento da produção, o que é obtido com o aumento da quantidade ou com o aumento da produtividade. Este segundo elemento pode ser resultado do aumento da eficiência da tecnologia produtiva, o que pode ser obtido por três meios: progresso tecnológico, investimento e eficiência. Um bom sistema judicial garantiria estes três elementos. Quanto ao progresso tecnológico, o sistema judicial teria função de garantir direitos ligados aos meios pelo qual ele se daria, como a propriedade intelectual, por exemplo. Os investimentos são estimulados quando o Poder Judiciário garante direitos de propriedade estimulando os agentes econômicos a gastar em capital humano e físico, dando-lhes segurança e previsibilidade, diminuindo os riscos contratuais a eles ligados,

¹³⁶ COSTA JÚNIOR, Álvaro Pereira Sampaio. **Judiciário e política regulatória – um estudo de caso sobre o papel das cortes e dos juizes na regulação do setor de telecomunicações**. 2007. 247 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, Brasília, 2007, pp. 24-29.

especialmente em investimentos específicos. Por fim, um sistema eficiente gera menores gastos e diminui custos.¹³⁷

O sistema judicial também pode ser considerado bem qualificado, quando limita o arbítrio governamental, especialmente assegurando direitos de propriedade contra a sua expropriação pelo setor público, sendo que o risco ligado a tal fator é especialmente alto no setor de infraestrutura, onde o Estado tende a ter um comportamento político e oportunista.¹³⁸

Por outro lado, um sistema judicial que gere insegurança jurídica cria um ambiente de negócios com altos riscos e desincentiva os investimentos. Arida, Bacha e Lara-Rezende¹³⁹ tratam deste tema da insegurança jurídica por meio da constatação de que os magistrados têm atuação política pró-devedora quando instados a julgar alguma causa relativa ao cumprimento dos contratos. Para os autores, com estas decisões, os direitos de propriedade privada não encontrariam guarida nas decisões judiciais, o que desestimularia as relações econômicas de longo prazo por lhes retirar previsibilidade. Especificamente, o estudo trata sobre mercado de crédito e chega à conclusão de que o fato estimularia a cobrança de juros mais altos do que os índices oficiais devido à elevação dos riscos.

Sistemas judiciais ruins e ineficientes levariam à alocação errônea de recursos e tecnologia, gerando altos riscos e custos de transação devido à distorção introduzida no sistema de preços internacionalmente. Ainda em relação à eficiência, um sistema judicial ruim leva ao aumento do consumo direto de recursos escassos ligados à atividade econômica desenvolvida, como o treinamento de advogados privados, o aumento da burocracia para o setor público e os gastos com mecanismos privados de solução de conflitos. A ineficiência do sistema judicial, além do mais, estimula a integração vertical das empresas, o que reduz a especialização da economia e afeta as economias de escala e de escopo,¹⁴⁰ essenciais para uma economia desenvolvida. Aliás, a corrente de pensamento *Law and Development* acredita ser um sistema judiciário ruim uma das principais causas do não desenvolvimento de muitos

¹³⁷ PINHEIRO, Armando Castellar. **Judiciário e economia no Brasil**. São Paulo: Sumaré, 2000, pp. 23-39.

¹³⁸ PINHEIRO, Armando Castellar. **Judiciário e economia no Brasil**. São Paulo: Sumaré, 2000, pp. 50-52.

¹³⁹ ARIDA, Persio; BACHA, Edmar Lisboa; LARA-REZENDE, André. Credit, Interests, and Jurisdictional Uncertainty: Conjectures on the Case of Brazil. In: GIAVAZZI, Francesco, GOLDFAJN, Ilan; HERRERA, Santiago (ed.), **Inflation Targeting, Debt, and the Brazilian Experience, 1999 to 2003** (pp. 265-293). London, Cambridge, MA: The MIT Press, 2005. Disponível em <http://cs5824.userapi.com/u11728334/docs/c3178eb4900b/Francesco_Giavazzi_Inflation_Targeting_Debt_and.pdf>. Acesso em 06/03/2013, pp. 174-175.

¹⁴⁰ Economias de escopo: ocorrem quando o custo total de uma firma para produzir conjuntamente, pelo menos dois produtos/serviços, é menor do que o custo de duas ou mais firmas produzirem separadamente estes mesmos produtos/serviços, a preços dados de insumos. De forma similar às economias de escala, as economias de escopo podem também ser entendidas como reduções nos custos médios derivadas da produção conjunta de bens distintos, a preços dados de insumos. Disponível em <http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/glossarios/E>. Acesso em 10/11/2012.

países. O seu fortalecimento é extremamente relevante para a transição de uma economia que passa a ser centrada na passagem da prestação dos serviços públicos do Estado para o particular, como frequentemente ocorre com países em desenvolvimento, já que os agentes privados que irão assumir diversos setores econômicos antes não a eles disponíveis, necessitaram de clareza para a garantia dos seus direitos relacionados às novas atividades econômicas, o que demanda um efetivo *enforcement*.¹⁴¹

Com efeito, os sistemas judiciais ruins podem afetar os custos de transação relacionados negativamente aos contratos de concessão, quando estes custos para garantir o cumprimento do pactuado forem maiores do que taxa de retorno esperada do negócio. Os agentes econômicos privados somente irão fazer investimentos de longo prazo se estiverem seguros de que os contratos de concessão serão garantidos pelo Estado na forma previamente definida.¹⁴² Este fato ganha relevância especialmente nos setores de infraestrutura em que a produção especializada requer ativos específicos, o que afeta sobremaneira a capacidade das partes quebraram acordos prévios, agindo de forma oportunista. Neste sentido, os tribunais podem reduzir as taxas de retorno exigidas pelos investidores. Além disto, os contratos nesta área também chamados de contratos regulatórios têm investimentos vultosos e longa duração, além de serem incompletos por natureza,¹⁴³ onde o Poder Judiciário é chamado a preencher as lacunas deixadas pelos contraentes. Percebe-se, assim, esta instituição influenciando sensivelmente as decisões econômicas, uma vez que os prejuízos advindos da dificuldade de interpretar e obrigar a execução destes contratos são contabilizados no cálculo econômico.

Neste ponto, importante ressaltar que, como os contratos de concessão são regidos pela Lei N° 8.987/95 no âmbito geral, influenciando todo o restante da legislação sobre os setores de infraestrutura, como energia elétrica e telecomunicações, apesar de existir legislação específica de cada ente federativo sobre a respectiva competência para regular outros setores (saneamento para os Estados, por exemplo), a posição do Poder Judiciário que deve ser levada em consideração para esta pesquisa é a dos tribunais superiores, principalmente do Superior Tribunal de Justiça, que possui competência para analisar as questões que envolvem estas normas de forma definitiva, segundo a Constituição Federal brasileira.

¹⁴¹ YEUNG, Luciana. **Além dos “achismos”, do senso comum e das evidências anedóticas: uma análise econômica do judiciário brasileiro**. 2010. 242 f. Tese (Doutorado) – Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2010, pp. 31-32.

¹⁴² PINHEIRO, Armando Castellar. **Judiciário e economia no Brasil**. São Paulo: Sumaré, 2000, pp. 41-50.

¹⁴³ NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs. **Revista Brasileira de Direito Público**, 25, abr./jun. 2009, p.1.

O desempenho judicial e a atividade econômica podem encerrar muitos conflitos, principalmente aqueles baseados nos objetivos de julgamentos necessariamente subjetivos e complexos, que normalmente conflitam entre si, como rapidez de decisões e amplo direito de defesa, por exemplo. Trata-se daquele conflito colocado pela AED Normativa na busca de conciliação dos conceitos de eficiência e Justiça. A relação entre Poder Judiciário e relações econômicas, assim, pode ser encarada de maneira ainda mais conturbada, caso se considere que o sistema judicial atualmente vai além da lógica legal *versus* ilegal quando é provocado a solucionar disputas, o que gera insegurança para o próprio sistema econômico capitalista baseado na previsibilidade. Do embate teórico entre o ativismo judicial e a autocontenção judicial, principalmente quando se fala em aspectos técnicos contratuais,¹⁴⁴ surgem decisões judiciais que ultrapassam certos limites institucionais do Poder Judiciário, com utilização errônea de métodos de hermenêutica judicial (como o proposto por Alexy) ou que extrapolem os limites do controle judicial dos atos administrativos discricionários (questão esta posteriormente debatida), em prejuízo da eficiência econômica e contribuindo para criar um ambiente de incertezas.¹⁴⁵

Quanto ao assunto, importante anotar algumas críticas sobre como os juízes brasileiros se apropriaram erroneamente de teorias estrangeiras para erigir novos modelos de análise em face da nova Constituição federal de 1988, principalmente as ligadas à jurisprudência dos valores e à teoria da argumentação de Robert Alexy, na qual uma “ponderação de princípios” é utilizada meramente para que o juiz dê sua opinião sobre o problema.¹⁴⁶ Outro apontamento seria sobre o fato do Poder Judiciário não poder substituir o constituinte originário, criando uma “Constituição paralela” por meio de interpretações subjetivas face à lacuna legislativa.¹⁴⁷ Estas posições adotadas pelos membros do Poder Judiciário elevam sobremaneira a incerteza jurídica. Ressalte-se, entretanto, que a maioria dos magistrados tem se posicionado no sentido

¹⁴⁴ WANG, Daniel Wei Liang et al. Capítulo 7: Revisão judicial dos atos das agências reguladoras: uma análise da jurisprudência brasileira. In: SHAPIRO, Mário Gomes (Coord.). **Direito Econômico Regulatório**, 1ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 274-283.

¹⁴⁵ PINHEIRO, Armando Castellar; SADDI, Jairo. **Uma introdução teórica. Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 6.

¹⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasilis*. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011, pp. 8-10. Disponível em <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/53>> Acesso em 22/02/2013.

¹⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)** 1(2):75-83 julho-dezembro 2009, p. 81. Disponível em <<http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/84.pdf>> Acesso em 22/02/2013.

de respeitar os contratos comerciais, ou seja, o papel da busca pela justiça social que teria o condão de que quebrar cláusulas contratuais depende muito da área a que se refere a causa.¹⁴⁸

Outras críticas, como as colocadas por Mário Augusto F. de L. Guerreiro estariam ligadas ao raciocínio jurídico equivocado dos juízes brasileiros, baseado no consequencialismo, que levam ao relativismo e ao decisionismo subjetivista, o que ameaçaria o próprio Estado de Direito.¹⁴⁹ Ainda, decisões politizadas reduzem a eficiência da economia ao estimular os eventuais demandantes a desenvolver estratégias de *lobby* e *rent seeking*.¹⁵⁰

Apesar destes conflitos, acredita-se que a AED Positiva pode contribuir para o aprimoramento de normas gerais ligadas tanto ao setor de infraestrutura regulado, quanto aos contratos de concessão, ao analisar hipóteses de impacto destas leis na atividade econômica relativa aos referidos contratos, principalmente no que se refere ao seu *enforcement* pelo Poder Judiciário. Ressalte-se que não é objetivo central sugerir a imposição de regras de interpretação aos magistrados em casos singulares, o que seria impossível, dado o ordenamento jurídico brasileiro e as garantias que lhes são conferidas, além da subjetividade atinente ao comportamento dos julgadores. Mas, partindo-se da análise de diversas decisões, pode-se verificar se elas tendem a garantir a execução dos contratos de concessão e o fundamento legal para tanto. Neste contexto, a AED Positiva, ao fornecer o instrumental dos custos de transação próprio da ciência econômica, permite concluir se o Poder Judiciário gera ou não impacto na economia ao aumenta estes custos ou os diminuir, devido a existência ou ausência de previsibilidade.

¹⁴⁸ PINHEIRO, Armando Castellar; SADDI, Jair. **Uma introdução teórica. Direito, Economia e Mercados**. Elsevier, 2005, p. 7.

¹⁴⁹ GUERREIRO, Mário Augusto Figueiredo de Lacerda. O Poder Judiciário como agente regulador da economia. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GONÇALVES, Oksandro (Coords.). **Revista de Direito Empresarial**, Curitiba: Juruá, n. 14, pp. 49-72, 2010, p. 67.

¹⁵⁰ PINHEIRO, Armando Castellar. **Judiciário e economia no Brasil**. São Paulo: Sumaré, 2000, p. 47.

CAPITULO 3 OS CUSTOS DE TRANSAÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

3.1 CUSTOS DE TRANSAÇÃO DOS CONTRATOS

Com o intuito de responder à questão inicialmente proposta sobre “como e em que medida as decisões judiciais sobre os contratos de concessão de serviço público afetam seus custos”, faz-se necessário, obviamente, estabelecer quais os custos de transação envolvidos neste tipo contratual. Partindo-se da AED, primeiramente, é essencial verificar o significado de um contrato, o que, utilizando-se do instrumental econômico, difere da visão dogmática jurídica, a qual, muitas vezes nada diz sobre o fenômeno social a ele subjacente.

Para analisar economicamente um contrato, seja qual for sua natureza, privado ou público, deve-se estar atento à este fenômeno como um fato social anterior ao Direito contratual, podendo ser entendido como uma “transação” antes de ser entendido como uma “transação judicialmente executável”. E isto é necessário para estabelecer a ligação entre o próprio contrato e os custos a ele envolvidos.

O contrato pode ser compreendido como uma transação de mercado entre duas ou mais partes e é necessário na medida em que o homem não é autossuficiente, o que o leva à necessidade de efetuar trocas, diretamente ou não. A ciência econômica utiliza o conceito de utilidade para estabelecer o valor que justifica a realização das trocas. Assim, os bens tenderiam a passar de um indivíduo que lhes dão pouco valor para outro que lhes dariam maior valor, criando riqueza. Esta riqueza, cabe ressaltar, somente pode ser avaliada socialmente sob uma visão subjetiva do que seria valor, já que é muito difícil estabelecer um critério objetivo. Os economistas a denominam de “excedente econômico”, sendo que o contrato será eficiente se criar um excedente maior do que zero. Em linhas gerais, este excedente é o valor final que será dividido entre as partes e que depende diretamente do valor exato de venda do bem. Este valor final, por sua vez, depende em grande parte do poder de barganha entre as partes, já que o vendedor tentará aumentar sempre o preço e o comprador tentará diminuí-lo.¹⁵¹

¹⁵¹ TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise Econômica dos Contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 158-163.

Considerando esta dinâmica nas transações, os contratos trariam benefícios de duas ordens para a geração de riquezas: uma primeira relacionada à divisão do trabalho, o que leva ao aumento de produtividade por obrigar a uma maior especialização com maior habilidade e por gerar economias de escala; um segundo ligado à melhor alocação dos bens na sociedade, pois eles iriam em direção aos indivíduos que mais os valorizam, levando à melhorias de Pareto exatamente porque os contratos são acordos de vontade somente existentes quando as partes envolvidas com ele concordam. Cabe lembrar que o ótimo de Pareto, todavia, não gera necessariamente igualdade entre indivíduos numa sociedade, já que o cálculo parte sempre de uma alocação inicial dos recursos preestabelecida, podendo, inclusive, agravar situações de desigualdade. Pode ser utilizado, entretanto, para medir o aumento quantitativo de riqueza.

O contrato pode ser entendido não apenas como uma transação. Sua essência econômica, nas palavras de Decio Zylberstajn e Rachel Sztajn, residiria também na promessa contida nesta transação, na medida em que a redução dos custos associados a riscos futuros de quebra das promessas incentivam os indivíduos a fazerem investimentos. E, como as firmas, entendidas como um conjunto de contratos,¹⁵² são arranjos institucionais, internos ou externos, elaborados para governar as transações, eles permitem a concretização das promessas, o que também estimula a criação de riqueza.¹⁵³

A geração desta riqueza pode encontrar alguns obstáculos chamados de falhas de mercado. Este quase nunca segue o modelo teórico perfeito formulado pelos economistas neoclássicos. Sem aprofundar os diversos tipos de falhas, inclusive estruturais, faz-se importante levar em consideração algumas para o deslinde da questão proposta neste trabalho: externalidades, assimetrias de informação e os já citados custos de transação (outros seriam, por exemplo, a concentração do poder de mercado, a racionalidade limitada e os bens públicos).¹⁵⁴ Tratar-se-á primeiramente dos dois primeiros.

As externalidades são os efeitos gerados a terceiros que não participaram da celebração do contrato, podendo ser negativos ou positivos. O Direito poderia ter a função, inclusive, de obrigar à internalização no preço do bem negociado destes custos criados.

¹⁵² Segundo os autores, foi Ronald Coase quem introduziu esta visão ao definir a firma como um feixe de contratos coordenados por onde se podem verificar as limitações impostas pelo ambiente insitucional. SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio; FURQUIM DE AZEVEDO, Paulo. Economia dos contratos. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). **Direito & Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 103.

¹⁵³ SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio; FURQUIM DE AZEVEDO, Paulo. Economia dos contratos. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). **Direito & Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, pp. 103-104.

¹⁵⁴ TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise Econômica dos Contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 163-169.

Assim, para considerar a real riqueza social gerada, deve-se colocar tais efeitos no excedente econômico gerado.

A assimetria de informação, por sua vez, ocorre quando uma das partes possui mais informação do que outra no momento de celebração do contrato, o que lhe dá mais poder de barganha e leva à distorção do preço real. A assimetria pode gerar dois tipos de problemas: a seleção adversa e o risco moral (*moral hazard*). George Akerlof tratou da seleção adversa com relação ao mercado de carros usados nos Estados Unidos, em que buscava uma razão para a queda do preço destes automóveis em relação aos novos. A conclusão foi a de que haveria assimetria de informação entre vendedores e compradores, já que os primeiros detêm as reais informações sobre o produto, e os outros apenas as adquiriam após a compra. Esta, por sua vez, lhes proporcionaria o conhecimento de eventuais defeitos, o que os levaria a vender os carros, causando diminuição dos preços. O efeito final no mercado seria que os detentores de carros de melhor qualidade, porém usados, não os venderiam a preços baixos, causando uma queda na venda dos carros usados, pois só os proprietários de carros defeituosos se interessariam em vendê-los. Assim, a assimetria de informação levaria à redução da qualidade dos produtos em determinado mercado e também a do seu próprio tamanho.¹⁵⁵ O risco moral, por sua vez, significa que uma das partes, de posse de mais informação, passa a agir oportunisticamente em detrimento da outra menos informada, sem que esta possa se proteger, distorcendo o valor do bem. O risco moral, normalmente, surge após a assinatura do contrato, sendo importante centrar as atenções no projeto original deste.

Os contratos, sob outra perspectiva, também podem ser considerados formas de se estipular condutas das partes, limitando-as, a fim de se evitar comportamentos oportunistas, possibilitando maximizar a probabilidade de cumprimento do acordo. A proteção legal ao contrato e a estipulação de penas contratuais incentivam as partes a cooperarem para o seu cumprimento. Sem tais incentivos, outro importante problema pode surgir durante a vida contratual: o *hold up*.

O *hold up* está relacionado à especificidade dos ativos envolvidos no acordo, que pode estar ligada: à localização do ativo (*site specificity*), podendo ser utilizado apenas em áreas preestabelecidas; ao tempo; à mobilidade, existindo ativos fixos, que não encontram usos alternativos, ou dedicados, que se referem aos insumos apenas utilizáveis naquela atividade; ao processo contínuo de uso e aprendizado (*human-asset specificity*). O *hold up* faz com que as partes se relacionem de forma quase exclusiva, e com que se crie a possibilidade do

¹⁵⁵ AKERLOF, George. The market for lemons: quality uncertainty and the market mechanism. **Quarterly Journal of Economics**, 84 (3), The MIT Press, 488–500, 1970, 488-490.

surgimento da quase renda, que seria a diferença do retorno da aplicação dos ativos naquela atividade ou em qualquer outra. Ambos efeitos levam ao “problema do refém” ou *hold up*, que gera a possibilidade de uma das partes explorar a fragilidade da outra em caso de renegociação contratual.¹⁵⁶

Os problemas das externalidades, da seleção adversa, do risco moral e do *hold up*, quase sempre desembocam na renegociação contratual, gerando instabilidade nas transações econômicas, dada a instabilidade criada pela imprevisibilidade no cumprimento das obrigações pactuadas. A ineficiência de instituições como o Poder Judiciário agrava a situação ao não permitir um mínimo grau de *accountability* e transparência. Uma instituição fraca impulsiona a contínua repactuação contratual que, no caso das concessões de serviço público, coloca ao governo um importante *hold up*, que o impele à aceitação da solicitação de renda extra pelo concessionário.

Neste sentido e sob o olhar da NEI, as instituições atuam sobre as variáveis ligadas aos contratos de qualquer natureza, seja *ex ante*, determinando o nível dos custos, seja *ex post*, corrigindo resultados ineficientes. E é com relação à esta atuação que o Poder Judiciário cumpre uma de suas inúmeras funções. Como instituição com a atribuição de consolidar a proteção dos direitos de propriedade e a execução dos contratos, garantindo as “regras do jogo”, ela é fundamental para criar um ambiente econômico sólido, sendo clara a relação entre o modo de funcionamento do sistema judicial e os custos de transação envolvidos na execução forçada dos contratos. A proteção legal incentiva a cooperação entre os contratantes tanto quanto variáveis morais, como a credibilidade, que também incentivam as trocas econômicas.¹⁵⁷

Mas esta proteção não é dada a qualquer contrato. A AED somente leva em consideração que os contratos protegidos devem ser aqueles que as partes desejavam no momento de sua celebração, sem considerar os riscos envoltos na negociação, como externalidades negativas, ressalvada a possibilidade de indenização dos terceiros prejudicados. Também devem ser deixados sem proteção legal os contratos baseados em condutas criminosas ou celebrados sem a racionalidade adequada (como por coação).¹⁵⁸

A proteção legal funciona como um incentivo para se evitar a inadimplência. Esta, por sua vez, adquire outro sentido quando se adota a visão proposta. Tradicionalmente, pode-se

¹⁵⁶ NÓBREGA, Marcos. Análise Econômica do Direito Administrativo. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 412-414.

¹⁵⁷ RIBEIRO, Márcia Carla; GALESKI, Junior. **Teoria geral dos contratos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, pp. 130-131.

¹⁵⁸ RIBEIRO, Márcia Carla; GALESKI, Junior. **Teoria geral dos contratos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, pp. 133-134.

dizer que ela seria formalmente a quebra de uma obrigação convencional, o que geraria responsabilização da parte faltante. Utilizando-se a AED, a inadimplência é vista como uma opção viável, se o custo para cumprir o contrato for maior do que o da responsabilização pelo descumprimento, ou seja, leva-se em conta a eficiência e a maximização de resultados. Portanto, para incentivar as partes a cumprirem o pactuado, deve-se utilizar incentivos em busca da eficiência, expressos em eventuais soluções para o não cumprimento ou na possibilidade de forçar a execução por meio do Poder Judiciário.

Alguns incentivos poderiam ser, por exemplo, penalidades que (i) obrigassem à execução específica da obrigação, (ii) à colocar a parte prejudicada em uma situação em que teria ficado caso a obrigação fosse cumprida (*expectation damages*), (iii) à pagar um valor previamente estipulado (*liquidated damages*) ou (iv) à colocar a parte prejudicada de volta ao status quo (*reliance damages*).¹⁵⁹

Considerando-se tais premissas e retornando à questão das falhas de mercado onde os contratos são celebrados, chega-se à discussão sobre os custos de transação, onde se podem utilizar os conceitos estabelecidos por Ronald Coase e Douglas North, importantes expoentes da NEI. O primeiro criou critérios sobre os custos de transação¹⁶⁰ e o segundo os vinculou ao crescimento econômico.¹⁶¹ Eles seriam uma falha de mercado na medida em que, necessários para efetivar uma transação comercial, afetam o preço do bem negociado por saírem do bolso de uma das partes e não entrarem no da outra, criando ineficiência transacional, ou seja, afetam o excedente econômico, pois, caso sejam maiores que os benefícios gerados pela transação, esta não se realiza. Isto vai de encontro ao Teorema de Coase, segundo o qual o mercado levará à alocação eficiente de bens na sociedade, independentemente da alocação inicial, caso as partes sejam racionais e independentes, inexistam custos de transação e exista um mercado para cada mercadoria.¹⁶²

A teoria dos custos de transação tem caráter multidisciplinar e envolve aspectos como Economia e Direito, que não são suficientes em si para definir exatamente o que compõe tais

¹⁵⁹ RIBEIRO, Márcia Carla; GALESKI, Junior. **Teoria geral dos contratos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, pp. 136-138.

¹⁶⁰ In order to carry out a Market transaction it is necessary to discover who it is that one wishes to deal with, to inform people that one wishes to deal and on what terms, to conduct negotiations leading up to a bargain, to draw up the contract, to undertake the inspection needed to make sure that the terms of the contract are being observed, and so on. COASE, Ronald. **The problem of social cost**. Journal of Law and Economics, 3:1-44, 1961, p. 15.

¹⁶¹ SANTANA, Edvaldo Alves. Instituições, Governança Econômica e Incompletude dos Contratos: Teoria e Prática. **Anais do XXXVI Encontro Nacional de Economia**, Disponível: <http://www.anpec.org.br/encontro2008/artigos/200807210909450-.pdf>. Acesso em 27/10/2011, p.1.

¹⁶² TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise Econômica dos Contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 167-169.

custos, mas servem para indicar, por exemplo, que as informações são coletadas para coordenar as decisões econômicas de transação. Diferentemente da teoria anterior, neoclássica, que tinha como base o sistema de preços para transmitir informações necessárias às transações, Ronald Coase, notando o problema da assimetria de informação, transferiu à firma a responsabilidade por fazer essas transmissões, muito embora se formassem altos gastos.

Andreea-Oana Iacobuta expõe que Oliver Eaton Williamson aplicou a teoria dos custos de transação à eficiência de diferentes tipos de contratos, onde o melhor arranjo contratual teria o objetivo de reduzi-los.¹⁶³ Para ele, diversas variáveis podem influenciar o nível dos custos de transação, o que explicaria a preferência por um outro modo de organização, sendo uma destas variáveis a incerteza. A incerteza, considerada como distúrbio não previsível da transação, obviamente não pode ser prevista contratualmente, o que eleva o custo do negócio em si mesmo, já que limita o comportamento dos agentes em agir oportunisticamente e racionalmente. Assim, o problema da organização econômica estaria, na realidade, diretamente ligado à dificuldade de se contratar e os custos envolvidos nisto, principalmente nos mecanismos de adaptação dos agentes a eventos não antecipáveis.

Segundo Williamson, ainda, observa-se que os custos contratuais se dividem em *ex ante* e *ex post*. Os primeiros seriam ligados à estrutura contratual, à própria negociação e ao estabelecimento das salvaguardas, enquanto que os outros se referem ao monitoramento do acordo e à renegociação em caso de descumprimento, principalmente quanto às estruturas contingentes e de correção para isto, além da execução das salvaguardas estabelecidas anteriormente. Ambos os custos são interdependentes e difíceis de ser quantificados.¹⁶⁴ Em linhas gerais, todavia, pode-se estabelecer que os principais custos contratuais estão ligados à dificuldade de especificação de atributos dos bens e da força de trabalho, do monitoramento dos contraentes sujeitos à assimetria informacional e à garantia do cumprimento dos contratos.

¹⁶³ “In Williamson’ analysis emphasis is laid on the concepts of bounded rationality, opportunism, asset specificity, transaction frequency, uncertainty. Briefly, human and environmental factors determine the existence of transaction costs, and their variation is accounted for by the characteristic features of each transaction. For Williamson, transaction cost is the main reference point when looking for the best contractual arrangement, be it firm, market or hybrid. Within such a judgment register, the rationality of economic organization and of the existence of various contractual arrangements is none other but economizing on transaction costs.” IACOBUTA, Andreea-Oana. A new approach in economics: transaction costs theory. **Annals of Faculty of Economics**, 2009, 2: 370-375.

¹⁶⁴ WILLIAMSON, Oliver Eaton. **The Economic Institutions of Capitalism**. New York: The Free Press, pp. 20-21.

Mais recentemente, outros autores estabeleceram divisões semelhantes, mas que merecem ser citadas apenas pelo seu caráter didático. Cooter e Ulen os dividem em três espécies: custos de busca, custos de arranjo e custos de execução.¹⁶⁵ Outra sistematização é a adotada por Pinheiro e Saadi, segundo a qual se encontram cinco atividades envolvidas nos custos de transação: busca de informação, negociação, formalização do contrato, monitoramento e, por último, cumprimento do contrato (cobrar pelo seu descumprimento ou recuperar direitos de propriedade violados).¹⁶⁶

Decio Zylberstajn e Rachel Sztajn alertam para o fato de que os custos envolvidos nos contratos também sofreriam interferência de acordo com as diversas teorias contratuais existentes e desenvolvidas ao longo do tempo. A teoria econômica neoclássica ao utilizar o conceito de equilíbrio geral, pressupõe que existe a possibilidade de construção de arranjos sem nenhum custo a partir de posições associadas ao equilíbrio no sistema de preços como alocador de recursos. A partir da constatação da existência de falhas como a informação assimétrica e o risco moral, a teoria dos agentes-principal considera que os agentes podem reunir esforços para determinar alguns custos *ex ante*, com base em incentivos. Por sua vez, a teoria de agência considera ser impossível se desenhar contratos perfeitos, exatamente devido à existência das falhas apontadas. Entretanto, não considera aspectos relativos ao *enforcement*, desconsiderando o papel do Poder Judiciário na definição de custos.¹⁶⁷

A NEI, por outro lado, ressalta a existência destes custos pós-contratuais, principalmente devido à ação oportunista dos agentes. Assim, o seu prévio estabelecimento contribui sobremaneira para a redução dos custos de transação. Associada à NEI, mas dela diferindo, a AED preconiza que a lei e sua aplicação pelas cortes, e não mecanismos privados de solução de conflitos, leva à melhoria da eficiência por incentivar à cooperação das partes contratantes, ou seja, o foco estaria justamente sobre a operação dos tribunais para a resolução de disputas a custo zero, ao invés de esforços *ex ante* para completar as lacunas contratuais, garantindo a performance contratual, com menos influência da lógica transacional a ele anexo.¹⁶⁸

¹⁶⁵ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 231.

¹⁶⁶ PINHEIRO, Armando Castellar; SADDI, Jairo. **Uma introdução teórica. Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 62.

¹⁶⁷ SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio; FURQUIM DE AZEVEDO, Paulo. Economia dos contratos. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). **Direito & Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, pp. 105-107.

¹⁶⁸ SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio; FURQUIM DE AZEVEDO, Paulo. Economia dos contratos. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). **Direito & Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, pp. 107-110.

De qualquer forma, importa notar nestas divisões que boa parte dos custos de transação está ligada às incertezas e à necessidade de se fazer cumprir o contrato celebrado ou buscar ressarcimento pelo descumprimento, onde a intervenção judicial contribui enormemente para o aumento da previsibilidade destas atividades, já que atua primordialmente como instituição garantidora das regras jurídicas e contratuais preestabelecidas.

Os custos de transação *ex ante*, referentes à estrutura contratual, ao arranjo propriamente dito, à busca de informação, podem levar a um problema adicional relativo à alocação de riscos. Estes tendem sempre a ir em direção à parte que pode lidar com eles de forma menos custosa, ou seja, são assumidos pelo *cheapest cost avoider*, quando não existirem custos de transação, pois os direitos e obrigações em um contrato seguem a mesma lógica da distribuição de bens na sociedade. Nesta negociação inicial, portanto, o custo de redação das cláusulas contratuais para que se defina a alocação mais eficiente dos riscos é alto e sempre superior à zero, fazendo com que os contratos nunca sejam completos, já que as cláusulas escritas serão aquelas em que o benefício esperado por esta ação seja superior ao custo de elaboração.¹⁶⁹ E tal fato é de extrema importância nos contratos de concessão de serviços públicos, ligados ao setor de infraestrutura, cuja função é bem mais ampla do que efetuar uma mera relação de troca. A análise do custo-benefício de determinadas cláusulas depende, inclusive, de saber se seus efeitos podem ou não serem confirmados judicialmente.

Com efeito, as incertezas envolvidas nos negócios, por sua vez, podem também estar relacionadas ao ambiente, como a escassez de determinado produto, ou ao comportamento dos contraentes, que podem agir de forma oportunista, prejudicando o outro partícipe e até mesmo o próprio negócio. O formato do contrato irá determinar a distribuição destas incertezas na forma de assunção de riscos pelas partes, principalmente pela inclusão de cláusulas de esforço que monitorem ou criem incentivos aos contraentes, funcionando como fator de redução das ações oportunistas, como no caso de *hold-up*, após a sua celebração. As alternativas para a solução do problema de *hold-up* (que obrigariam à execução do contrato e seriam do tipo *enforcement* ou *self-enforcing*) são centrais para os custos de transação, já que levam à comparação entre as formas de coordenação das partes para se chegar a uma maior eficiência.¹⁷⁰

¹⁶⁹ TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise Econômica dos Contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 168-169.

¹⁷⁰ SANTOS, Rodolfo Torres dos. Análise Econômica de Contratos: elementos para discussão no setor de infraestrutura. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 21, jun. 2004, pp. 236-239, pp. 236-239

A análise do *enforcement* ligado ao aparato jurídico como um custo de transação *ex post* possui, assim, grande importância para os contratos de concessão de serviço público, pois as grandes aplicações de capital e ativos específicos à prestação do serviço geram fortes riscos de *hold-up*,¹⁷¹ que normalmente levam à necessidade de intervenção judicial. Esta análise é extremamente relevante para a diminuição dos custos de transação *ex ante* dos contratos, pois, contribuindo para uma maior previsibilidade, permite-se aos contraentes preverem eventuais gastos que serão efetuados caso o contrato necessite de execução forçada. Desta forma, um bom sistema judicial influi substancialmente na Economia, tanto por gerar previsibilidade para as decisões econômicas, diminuindo custos de transação *ex ante*, quanto para definir quais são as regras do jogo e os mecanismos pelos quais elas são garantidas. Como dito, os principais custos contratuais estão ligados à dificuldade de especificação de atributos dos bens e da força de trabalho, do monitoramento dos contraentes sujeitos à assimetria informacional e à garantia do cumprimento dos contratos. Partindo-se desta informação, os sistemas judiciais, portanto, afetam os custos de transação relacionados negativamente aos contratos de concessão, quando estes custos para garantir o cumprimento do pactuado forem maiores do que taxa de retorno esperada do negócio, por exemplo.

Mesmo se os contratos e as leis forem bem claros, em uma relação continuada sempre existirão contingências não previstas ou não contratáveis, o que fatalmente levará à necessidade de solução de litígios. Problemas futuros relacionados ao descumprimento de cláusulas ocorrem em virtude da superveniência não presumível de novas oportunidades de investimento mais rentáveis que leva à realocação de ativos, por exemplo, que não são passíveis de previsão e que levam a conflitos solucionáveis por meio de duas formas a saber: via *enforcement*, envolvendo o Poder Judiciário, ou via *self-enforcing*, com sanções contratuais internas, como os incentivos para o não descumprimento contratual citados anteriormente. A primeira será utilizada e prevista contratualmente sempre que a utilidade esperada for maior do que agir da segunda maneira. Esta utilidade depende dos custos envolvidos, como a rapidez da decisão judicial, a taxa de juros e, principalmente a previsibilidade das decisões. A decisão de utilizar este mecanismo deve ser considerada com um custo de transação no momento de ser celebrar o contrato, o que afeta a relação econômica entre as partes. Pode-se dizer, neste sentido, que o custo *ex ante* para se utilizar um método ou outro de resolução dos litígios depende de alguns fatores, como a taxa de acesso ao Poder Judiciário, o gasto envolto no processo, a probabilidade de vitória e de como os gastos

¹⁷¹ SANTOS, Rodolfo Torres dos. Análise Econômica de Contratos: elementos para discussão no setor de infraestrutura. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 21, jun. 2004, pp. 236-239, p. 251.

serão distribuídos entre os demandantes. Especificamente em relação à previsibilidade, pode-se afirmar que as decisões judiciais assim o são quando sua variância do resultado em relação ao tempo necessário é pequena para as partes, ou seja, a previsibilidade é alta quando a probabilidade de vencer é total ou não em relação a tempo gasto no processo. Este último fator ainda é relacionado com a taxa de juros, uma vez ela pode corroer o valor real do bem disputado. Da mesma forma, a previsibilidade de decisões judiciais diminuem os incentivos para as partes litigarem.¹⁷² Além disto, a AED sugere que os tribunais, quando instados a solucionarem conflitos, façam-no simulando a realização total do contrato a fim de encontrar a solução mais eficiente, o que estimula a cooperação entre as partes.

Ainda, aplicando-se a teoria da seleção adversa em relação especificamente ao “mercado de serviço do Poder Judiciário”, Ivo Teixeira Gico Júnior explica que a depreciação do capital jurídico gera insegurança jurídica, aumentando os níveis de litigância e gerando a sobreutilização do Judiciário, tornando-o moroso. Isto pode constituir um mecanismo em que detentores legítimos de direitos são afastados do Judiciário, enquanto os agentes ilegítimos são levados a litigar justamente por causa desta morosidade para postergar o adimplemento de suas obrigações.¹⁷³ Ora, o mesmo caso não se aplicaria quando houvesse insegurança jurídica gerada por ausência de previsibilidade das decisões judiciais acerca dos contratos de concessão? Certamente, esta insegurança estimularia o uso do Poder Judiciário oportunisticamente por uma das partes.

Também existe a questão sobre as consequências econômicas que seriam geradas no caso da intervenção judicial nos contratos. Ela incentiva as pessoas a celebrarem acordos oportunisticamente, buscando sua posterior resolução no Poder judiciário, ou não? A intervenção reiterada pode afastar os operadores das transações econômicas de determinado mercado.

Enfim, como explicam Cooter e Ulen, os tribunais e o Direito contratual, estimulando as pessoas a cumprirem suas promessas e a assumirem compromissos dignos de crédito, incentivam a cooperação eficiente, reduzindo os custos de transação, fornecendo condições supletivas. Os tribunais, especificamente, ao fazerem isto, corrigem falhas de mercado, reduzindo a ameaça do comportamento oportunista que atrapalha a assunção de obrigações.¹⁷⁴

¹⁷² PINHEIRO, Armando Castellar. **Judiciário e economia no Brasil**. São Paulo: Sumaré, 2000, pp. 26-36.

¹⁷³ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **A Tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário**. 2012. 146 f. Tese (Doutorado). Universidade de Brasília, Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Ciência da Informação e Documentação. Departamento de Economia, Programa de Pós-Graduação em Economia, Brasília, 2012, p. 123.

¹⁷⁴ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 247.

Note-se que não apenas os tribunais têm este poder, mas também o próprio Direito contratual. A partir das questões e definições apontadas, cabe dizer que, para além da esfera econômica, na dogmática-jurídica o contrato é entendido como uma “transação judicialmente executável” justamente por permitir que uma das partes obrigue ao seu cumprimento ou seja indenizada pelo não-cumprimento perante o Poder Judiciário. E é judicialmente executável na forma em que são estabelecidos princípios e regras contratuais que podem ser confirmadas pelas cortes. Estas necessitam de regras para preencher as lacunas contratuais, que servirão como um norte para a interpretação judicial. A decisão, outrossim, poderá imputar uma condição ao contratado, criando uma condição não prevista contratualmente, ou fazer cumprir as cláusulas contratuais pactuadas.

3.2 PRINCÍPIOS E REGRAS REFERENTES AOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO E CUSTOS DE TRANSAÇÃO A ELES LIGADOS

Assim, para se verificar se as decisões judiciais são mais ou menos previsíveis, deve-se confrontá-las com as regras para preencher as lacunas contratuais e verificar se a elas as decisões são correlatas. Para que se possa quantificar esta previsibilidade, portanto, faz-se essencial enunciar o Direito contratual ligado às transações subjacentes aos contratos de concessão de serviço público, definindo alguns princípios e normas, muitas vezes motivados por uma racionalidade econômica. Inicialmente, serão colocados alguns princípios e regras ligados aos contratos privados, já que a literatura acerca da economia dos contratos públicos é escassa e alguns deles podem ser aplicados a estes últimos. Ao mesmo tempo, serão efetuados alguns apontamentos sobre tais normas em relação aos contratos públicos, para depois se colocarem algumas normas específicas destes acordos.

Antes, porém, cabe colocar uma reflexão acerca da lógica econômica que justifica a intervenção estatal nos contratos. Em outras palavras, cabe dizer qual seria a justificativa para a elaboração de normas que obriguem as partes em uma transação econômica de natureza contratual, já que existe um permanente *trade off* entre eficiência e legalidade. Segundo o Teorema de Coase, o acordo das partes livres tende a gerar soluções mais eficientes, sendo que a intervenção estatal deve ser levada à cabo somente quando isto não ocorrer. E isto ocorre na presença das falhas de mercado, como evidenciado nos problemas da seleção adversa, do risco moral, do *hold up* e, principalmente, dos custos de transação. Assim, o

Direito contratual teria, entre outras funções (como as ligadas ao conceito de Justiça entre partes economicamente díspares), o condão de diminuir tais custos atuando na correção das falhas de mercado.¹⁷⁵

Pois bem, o primeiro princípio contratual é o da liberdade de contratar, que gera alguns efeitos principais quando da elaboração, da interpretação e da execução do contrato: o *pacta sunt servanda*, a autonomia da vontade, o efeito relativo dos contratos, a liberdade de forma e a supletividade do Direito contratual.

O *pacta sunt servanda*, ou força obrigatória dos contratos, diz respeito especificamente ao cumprimento do contrato sob o risco de execução forçada pela instituição que o garanta. A racionalidade econômica por trás dele já foi exaustivamente colocada anteriormente e está ligada principalmente à segurança do cumprimento de obrigações, pois, sem a coação estatal (e sem considerar alguns outros danos como a reputação), as partes nem sempre cumprirão o acordo, já que o descumprimento pode ser economicamente mais vantajoso. O contrato judicialmente executável tem o condão de incentivar as partes a cooperarem para o cumprimento do acordado.

A autonomia da vontade é relativa à possibilidade de cada parte se obrigar na medida do que escolher e a racionalidade econômica por trás disto reside no fato de que as partes devem ser deixadas livres para buscarem a maior eficiência, seja pelo ótimo de Pareto, seja por outra medida. Segundo o Teorema de Coase, o acordo das partes livres tende a gerar soluções mais eficientes, sendo que a intervenção estatal deve ser levada à cabo somente quando isto não ocorrer. No contrato de concessão, entretanto, a autonomia da vontade é restrita, já que a Lei nº 8.666/93 e Lei nº 8.987/95 impõem uma série obrigações e encargos (artigos 29 a 31 da Lei nº 8.987/95, por exemplo) que devem ser assumidas pelas partes. Na realidade, o contrato é praticamente do tipo de adesão, não existindo a opção das partes estipularem novas cláusulas quando da licitação.

O efeito relativo dos contratos está relacionado com a criação de obrigações apenas para as partes que participaram do acordo, cuja lógica está em evitar externalidades, uma vez que, caso pudessem estabelecer obrigações a terceiros, o “efeito carona” (gerar ônus para obter benefícios) seria quase inevitável. No contrato de concessão, o efeito relativo é comprometido, dada a gama de interesses envolvidos na execução da obra ou serviços públicos.

A liberdade de forma está ligada à possibilidade das partes poderem celebrar qualquer acordo de forma livre, no silêncio da lei (artigo 107 do Código Civil), o que possibilita a

¹⁷⁵ TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise Econômica dos Contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 174-175.

diminuição dos custos de transação, especialmente em contratos menos complexos. Também esta é praticamente inexistente no contrato de concessão, já que as Leis nº 8.666/93 e nº 8.987/95 estabelecem uma série de cláusulas essenciais (artigo 23 e seguintes da Lei nº 8.987/95) a serem observadas, além do formato contratual estipulado nos projetos básicos e ofertados no edital de licitação. Existem, neste sentido, as cláusulas regulamentares ou de serviço que, constando de lei, decreto ou do próprio contrato, disciplinam o modo e a forma da prestação do serviço. Como esta é dinâmica, as normas de serviço são modificáveis unilateralmente.¹⁷⁶

Por fim, a supletividade do Direito contratual pode ser ligada à supletividade das vontades das partes, permitindo que elas afastem as *default rules* sempre que quiserem e for permitido, o que é muito raro no contrato de concessão. A racionalidade econômica é a mesma citada no parágrafo anterior.

O segundo princípio é o da boa-fé objetiva. Esta seria orientadora de deveres implícitos que serviriam à proteção das expectativas legítimas das partes, o que supriria as lacunas existentes nos contratos, invariavelmente incompletos. A lógica econômica está ligada também à diminuição dos custos de transação ao permitir que as partes invistam no cumprimento do contrato sem a necessidade de formalizar obrigações. Em referência aos contratos públicos, é de se presumir que a Administração, na obrigatoriedade de preservar o interesse público, atue de acordo com a boa-fé.

Um terceiro princípio seria o do equilíbrio contratual (artigos 317 e 478 do Código Civil). Segundo ele, o equilíbrio econômico da transação pode ser restabelecido no caso de ocorrerem fatos imprevistos e que modificarem substancialmente as obrigações estabelecidas. Nas concessões de serviço público este princípio é chamado de equilíbrio econômico-financeiro do contrato e será melhor abordado quando se tratar do controle judicial destes contratos.

Outro princípio que merece ser citado é o da função social do contrato, cuja leitura é extremamente aberta, sendo desnecessária sua explanação mais profunda, pois afeto mais fortemente aos contratos privados, já que é implícito aos contratos públicos, devido ao interesse público. Uma possível leitura está na intervenção judicial no contrato para aumentar o bem-estar social, quando o acordo afetar terceiros, por exemplo.

Em relação às regras de Direito contratual, pode-se dizer que estão também relacionadas aos incentivos para as partes a cumprirem o pactuado, como citado

¹⁷⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões. **Revista de Direito Administrativo (RDA)**, Rio de Janeiro, v. 263, p. 35-66, maio/ago. 2013, p. 37.

anteriormente, podendo ser expressos em penalidades (obrigação à execução específica da obrigação, *expectation damages*, *liquidated damages* ou *reliance damages*) ou na permissão de resolução do contrato em caso de descumprimento. Isto pode ser extremamente importante no caso da existência de um sistema judicial ineficiente ao permitir uma pré-liquidação das perdas e danos em caso de descumprimento, levando à possibilidade de se optar em utilizar ou não a intervenção judicial.¹⁷⁷

Tratando-se de contratos públicos, deve-se ter em mente que os princípios e regras levam em consideração o Poder público como uma das partes. O contrato de concessão de serviço público, objeto do presente estudo, é um contrato administrativo e, portanto, sujeito ao regime jurídico administrativo, onde a Administração possui algumas prerrogativas, mas não absolutas, principalmente no tocante à possibilidade de alteração das cláusulas contratuais, que podem ser alteradas de acordo com imposições de interesse público, ressalvados os interesses econômico-financeiros do concessionário. O regime jurídico administrativo impõe, por sua vez, a supremacia do interesse público sobre o privado e a sua indisponibilidade pela Administração.¹⁷⁸ Note-se que, diferentemente dos contratos privados, na contratação pública há possibilidade de que a vontade de uma das partes, no caso a Administração, se sobreponha à da outra, o que gera insegurança quanto à manutenção das cláusulas contratuais, principalmente por que o conceito de interesse público permite um maior arbítrio do Estado, já que se trata de um termo indeterminado. Tais imposições, todavia, não são absolutas, como já dito. Assim, a lógica econômica do contrato público não pode se ater apenas aos benefícios que a transação pode gerar entre as partes, mas deve esta relacionada ao interesse público, principalmente. E esta lógica é a que deve ser levada em consideração pelo Poder Judiciário quando do preenchimento das lacunas contratuais, sem desconsiderar, obviamente, os interesses privados também envolvidos na transação.

As principais regras que exprimem prerrogativas da Administração no contrato de concessão de serviço público estão expressas na Lei nº 8.666/93 e na Lei nº 8.987/95. Embora diversas outras normas possam se referir a contratação do setor público, inclusive aquelas relativas à regulação específica de cada setor de infraestrutura, que influenciam indiretamente o contrato de concessão, a Lei nº 8.666/93 é a base para a compreensão das alterações que por virtude possam surgir por razões de interesse público, razão pela qual ela, em conjunto com a Lei nº 8.987/95, serão abordadas para o estudo que ora se propõe.

¹⁷⁷ TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise Econômica dos Contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 169-177

¹⁷⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros. 2007. pp. 66-70.

O artigo 58 da Lei nº 8.666/93 trata da possibilidade de alteração e rescisão unilateral do contrato pela Administração, da fiscalização da execução, da possibilidade de aplicar sanções e da ocupação provisória no caso de serviços essenciais. Para uma análise econômica, apenas as duas primeiras são relevantes, pois influenciam diretamente na alteração das cláusulas contratuais de forma imprevisível, já que dependem do conceito de interesse público cambiável conforme o tempo devido ao ambiente econômico ou político, por exemplo, alterando sobremaneira os custos para elaboração do arranjo contratual inicial, motivo pelo qual não serão as outras abordadas, mais previsíveis.

A alteração unilateral expressa no artigo 58, inciso I, permite a Administração adequar melhor o contrato às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado. A consideração econômica se refere ao fato que o interesse público não é algo estático, mas dinâmico, o que impõe a adequação das cláusulas à realidade fática em constante mutação, sendo que a alteração pode ser tanto de ordem quantitativa, quanto qualitativa (artigo 65, I, “a” e “b”, da Lei nº 8.666/93), apenas encontrando óbice na inalterabilidade do objeto da concessão. Além disto, alterado unilateralmente, o equilíbrio econômico-financeiro deve ser preservado por meio de reajustes ou revisões em favor da parte prejudicada.

A possibilidade de rescisão unilateral estabelecida no artigo 58, inciso II, da Lei nº 8.666/93, está condicionada aos casos previstos no inciso I do artigo 79 do mesmo diploma legal. O melhor exemplo que poderia criar lacunas passíveis de preenchimento pelos tribunais, seriam as razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato (inciso XII do artigo 78). Outras hipóteses dizem respeito aos atos e omissões dos particulares e, portanto, menos afetos à imprevisibilidade.

Conforme dito acima, o Direito contratual tem a função de diminuir os custos atuando na correção das falhas de mercado. E, conforme se pode depreender dos princípios e regras acima elencados, vários objetivos podem ser colocados como orientadores deste ramo do Direito, como a indução das partes à cooperação, a neutralização de ações oportunistas, a suplementação de lacunas contratuais ou a redução dos custos de eventuais litígios. Enfim, a intervenção regulamentar será legítima quando seu custo for inferior ao benefício que ela trazer ao acordo. Isto pode ser estabelecido quando se verificam os custos de transação relativos aos contratos e a lógica econômica da norma de Direito contratual. Por exemplo, para reduzir o custo de elaboração, de redação do contrato, existe o princípio da liberdade de forma. Da mesma forma, para reduzir o custo de redação do contrato pelos tribunais

(interpretação), existem os princípios do equilíbrio contratual e da boa-fé objetiva, que podem ser utilizados como regras de interpretação para o preenchimento de lacunas.¹⁷⁹

Outras normas, entretanto, devem ser modificadas ou criadas para que se adapte o Direito contratual à realidade econômica que lhe é subjacente. Podem-se extrair alguns exemplos relacionados aos contratos de concessão de serviço público. Segundo Marcos Nóbrega, o modelo clássico de contratação do setor público, regido pela Lei nº 8.666/93, mas que também pode se referir às concessões comuns regidas pela Lei nº 8.987/95, não coloca em relevância os custos de transação influenciados pela racionalidade limitada, complexidade e incerteza da atividade e pelo oportunismo e especificidade dos ativos envolvidos. Estes custos seriam extremamente vultosos e gerariam enormes gastos com o treinamento de pessoal, equipamentos e horas para elaboração das cláusulas contratuais pela Administração. Por exemplo, existe uma evidente assimetria de informação gerada pela falta de informação adequada sobre a capacidade operacional da empresa concessionário, possibilitando que esta coloque um preço abaixo do que teria condições de executar e solicite revisão contratual com base no equilíbrio econômico-financeiro.¹⁸⁰

O problema da seleção adversa também se mostra presente tanto no que se refere à legislação, quanto no já citado problema da morosidade. Há uma assimetria informacional *ex ante* na elaboração já do projeto do contrato, pois os licitantes, no caso de uma concessão, têm muito mais informação sobre o desenvolvimento contratual do que o Governo, o que lhe possibilita agir oportunisticamente antes da celebração do contrato, causando a seleção adversa. Com efeito, a administração não tem condições reais de saber se o contratado pode executar o contrato, já que critérios como a qualificação técnica e econômica são insuficientes. Tal fato leva o Governo a fornecer, normalmente, uma gama de contratos para que o contratado os escolha, o que não é possível quando o objeto é complexo. Neste caso, que seria o das concessões, o contrato é de adesão e do tipo “pegar ou lagar”, não existindo a opção de barganha, o que leva o contratado, de posse de informações mais completas, a assinar um contrato já sabendo que não irá cumpri-lo apenas para vencer a licitação para poder, posteriormente, solicitar sua revisão com base no equilíbrio econômico-financeiro. Também é muito comum o contratado subestimar o custo dos insumos para baratear o preço do produto oferecido. Em ambos os casos a seleção adversa pode anular os ganhos competitivos da licitação. Este problema é atenuado por regras insertas na Lei nº 8.666/93,

¹⁷⁹ TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise Econômica dos Contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 174-175.

¹⁸⁰ NÓBREGA, Marcos. Análise Econômica do Direito Administrativo. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 405-407.

como a definição prévia de projetos executivos bem elaborados com os respectivos custos (artigo 7º, § 2º, II, e § 4º e artigo 40), mas que não é suficiente quando a própria Administração não define corretamente o objeto. O ideal seria uma atuação mais eficiente de controle pelo Tribunal de Contas da União (TCU).

A assimetria informacional também está ligada à incompletude do contrato de concessão, afeta também à elaboração do projeto contratual. Esta incompletude pode ser intrínseca, quando decorre da incapacidade do Poder concedente em definir o objeto do contrato, ou extrínseca, decorrente da racionalidade limitada ou dos custos para elaboração do contrato. Conforme explica Marcos Nóbrega, a combinação da incompletude intrínseca, dos riscos e dos custos de transação são mais evidentes em contratos de infraestrutura, cujo valor é vultoso. Especialmente os custos de transação aumentam consideravelmente quando demandas contratuais são judicializadas, que são repassados na forma de má execução contratual pela troca de produtos de má qualidade, por exemplo.¹⁸¹

O problema do risco moral também está presente nos contratos de concessão, mas diz respeito à assimetria informacional após a celebração do contrato, como por exemplo, no caso da concessionária ir diminuindo a qualidade dos insumos utilizados. Deve-se verificar, no caso, as mudanças ocorridas no projeto original durante a execução contratual e os custos a ela relacionados, que podem levar à renegociação. Uma solução seria o estabelecimento tanto da previsão e solução privada de conflitos, como na arbitragem, quanto no estabelecimento de cláusulas que prevejam mudanças e renegociações periódicas já no projeto.¹⁸²

O *hold up* também é um problema evidente nos contratos de concessão de serviço público, pois a especificidade das grandes obras, onde os *sunk costs* (investimentos específicos, sem utilização alternativa) estão presentes, possibilitam a ação oportunista do concessionário. Uma solução seria a legislação estabelecer uma diminuição no grau de especificidade dos ativos ou aumentar o controle sobre o contrato quer analise sua completude ou a incompletude.

Os problemas citados constituem, assim, custos de transação *ex ante* associados aos contratos de concessão, que são agravados quando o Poder Judiciário não possui a aptidão necessária para assegurar o *enforcement* contratual devido à dificuldade de entendimento da natureza e peculiaridade dos contratos públicos ligados ao setor de infraestrutura e devido à possível instabilidade e falta de clareza da legislação, o que será evidenciado quando da

¹⁸¹ NÓBREGA, Marcos. Análise Econômica do Direito Administrativo. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 410-411.

¹⁸² NÓBREGA, Marcos. Análise Econômica do Direito Administrativo. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 411-412.

análise das decisões judiciais. Partindo-se destas informações, pode-se concluir que a dificuldade em cumprir o contrato de concessão devido às falhas de mercado por ele enfrentadas, não encontra exequibilidade por meio do sistema judicial, um alto custo de transação *ex post*, portanto, o que é determinante para se definir os custos de transação *ex ante*, encarecendo muito as transações econômicas a ele ligadas.

Enfim, cabe deixar claro que o Poder Judiciário e a maneira com que ele utiliza as informações disponíveis quando da motivação de suas decisões são elementos relevantes no desenho contratual, influenciando definitivamente nos seus custos. Os princípios e regras relativos ao Direito contratual público devem ser utilizados como orientadores da utilização destas informações, já que elaborados com o intuito de corrigir falhas de mercado. O interesse público invocado para a rescisão ou alteração unilateral pela Administração deve levar em consideração tais falhas, o que deve ser observado pelo poder Judiciário.

Por meio da AED, assim, pode-se utilizar o conceito de custos de transação, próprio da ciência econômica, para analisar o fenômeno jurídico externado nas decisões judiciais relativas aos contratos de concessão de serviço público e chegar à conclusão tendencial quanto sua previsibilidade. Na taxinomia dos custos de transação, portanto, esta análise será relativa à dimensão *ex post* concernente ao custo de execução obrigatória do contrato.¹⁸³ Isto permitirá também o fornecimento de subsídios importantes para a questão da formação dos contratos e definição de quais pactos merecem proteção, além das consequências do seu descumprimento, bem como sua exequibilidade pelo Judiciário ante as falhas de mercado, diminuindo, portanto, os custos de transação *ex ante*. A incerteza do seu cumprimento é um risco contratual que afeta a distribuição das obrigações entre as partes e, minorando-o, contribui-se para o desenvolvimento das relações econômicas.¹⁸⁴

¹⁸³ COSTA JÚNIOR, Álvaro Pereira Sampaio. **Judiciário e política regulatória – um estudo de caso sobre o papel das cortes e dos juízes na regulação do setor de telecomunicações**. 2007. 247 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, Brasília, 2007, p. 24.

¹⁸⁴ RIBEIRO, Márcia Carla; GALESKI, Junior. **Teoria geral dos contratos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 130.

CAPÍTULO 4 CONTROLE JUDICIAL DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

4.1 RAZÕES INVOCADAS PARA MODIFICAÇÃO CONTRATUAL E O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS

Como visto, sob a perspectiva da NEI, a participação do Poder Judiciário nas relações econômicas é determinante, fato também é afirmado por Armando Castellar Pinheiro, que o focaliza como uma instituição que resolva os conflitos surgidos ao longo do tempo.¹⁸⁵ Dentro desta afirmação, pode-se depreender que o modo como o Poder Judiciário utiliza as informações disponíveis quando da motivação de suas decisões influem definitivamente nos custos de transação do contrato de concessão, seja *ex ante*, quando as partes antevêm o risco de uma decisão não garantir o pactuado, seja *ex post*, quando elas despendem esforços e gastos para executar o acordado. Estas informações passadas aos magistrados têm os mais diversos matizes, sendo relevantes, por exemplo, os dados técnicos fornecidos pelas partes e, principalmente, os princípios e regras relativos ao Direito contratual público. Assim, para entender de que modo a instituição judicial afeta os custos dos contratos de concessão de serviço público, duas análises são importantes, uma relativa ao aparato normativo disponível e outra acerca da jurisprudência, que seria uma das formas de solução de conflito eventualmente existentes. O enfoque do presente estudo está centrado nesta última. Entretanto, como ambas as análises são interdependentes, foi apresentada anteriormente a estrutura normativa mais relevante dos contratos de concessão de serviço público, para que, agora, sejam fornecidos elementos para se resolverem as seguintes questões: quais são os motivos que levam o magistrado a modificar os termos de um contrato de concessão de serviço público? A estrutura normativa é observada? De que forma?

Para responder a estes levantamentos, deve-se, primeiramente, verificar quais são as principais razões estabelecidas na legislação que permitem a modificação contratual, definindo-se conceitos chaves como o de interesse público e de equilíbrio econômico-financeiro, centrais para o contrato de concessão. Como estes conceitos são indeterminados, será tratado com brevidade o tema do controle jurisdicional da Administração pública quanto

¹⁸⁵ PINHEIRO, Armando Castellar. **Judiciário e economia no Brasil**. São Paulo: Sumaré, 2000, p. 21.

aos atos administrativos não vinculados. Após, faz-se relevante anotar as possibilidades mais importantes que o magistrado tem quando colocado diante de um conflito contratual: deve ele seguir estritamente as regras postas ou atuar de acordo com uma interpretação que as ultrapasse e leve em consideração outros fatores? Afinal, como ressalta Eros Roberto Grau, a atuação do Poder Judiciário, para além de dizer as normas, inclui a própria construção do Direito de acordo com a realidade posta, o que se faz por meio da interpretação.¹⁸⁶ Neste sentido, a resposta passa necessariamente pela hermenêutica jurídica e pela definição do que é ativismo judicial. Por fim, é imperativo relacionar o que foi colocado de modo a verificar de que forma a ação judicial pode resultar em maior ou menor previsibilidade. E as decisões podem ser consideradas previsíveis na medida em que a variação do ganho líquido de custos, vale dizer, a diferença de quanto será gasto para forçar a execução contratual, é baixa no momento em que as partes estabelecem as obrigações contratuais (custos *ex ante*). Esta variação é composta tanto pela possibilidade de se ganhar ou perder a causa, quanto pelo tempo necessário para obter uma decisão. Assim, a previsibilidade é alta quando se sabe ao certo se há a possibilidade de se ganhar ou perder uma ação em um período de tempo curto.¹⁸⁷

As decisões judiciais relativas aos contratos de concessão de serviço público, como dito, baseiam-se muitas vezes nas normas que regulam os setores econômicos ligados à infraestrutura. Estas normas foram fortemente influenciadas pela redefinição do papel do Estado levada à cabo na década de 90, onde o discurso hegemônico neoliberal parece ter sido o único norte. Isto influenciou sobremaneira o princípio de eficiência administrativa, muitas vezes aplicado em uma equivocada contextualização, que leva à sua interpretação em contraste com o fundamento do sistema constitucional do Estado Social e Democrático de Direito.¹⁸⁸

Com efeito, as decisões judiciais tendem a se ajustar aos novos marcos regulatórios determinados pela mudança da configuração estatal, reflexo do pensamento econômico dominante em determinado período. Como houve um processo recente de mudança na regulação, criaram-se incertezas e contingências advindas da alteração das “regras do jogo” e da necessidade de adaptação institucional, onde a boa percepção de que o sistema judicial é capaz de assegurar a execução dos contratos influencia sobremaneira a ação dos agentes

¹⁸⁶ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 29.

¹⁸⁷ PINHEIRO, Armando Castellar. **Judiciário e economia no Brasil**. São Paulo: Sumaré, 2000, p. 28.

¹⁸⁸ GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**. São Paulo: Manole, 2003, pp. 18-19.

privados,¹⁸⁹ por onde podemos estabelecer uma relação de funcionamento do sistema judicial e os custos de transação *ex post* do contrato de concessão.

O controle judicial, por sua vez, também envolve a adoção da posição do magistrado quanto ao respeito às cláusulas contratuais ou não. Razões para a mudança do contrato, além do interesse público e da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, podem também estar relacionadas à preponderância de direitos fundamentais ligados à prestação de serviço público em detrimento de outros direitos ligados mais aos valores estritamente econômicos, bem como aos aspectos organizacionais e legais envoltos ao Poder Judiciário. Não é intento deste estudo relacionar todas as causas que ensejam a mudança contratual por meio do controle judicial, motivo pelo qual apenas serão consideradas as principais, ou seja, interesse público e equilíbrio econômico-financeiro. Cumpre ressaltar, ainda, que também não é objeto deste trabalho efetuar uma discussão aprofundada sobre tais causas. O que se pretende é apenas o estabelecimento de alguns parâmetros a elas relacionados para possibilitar a análise jurisprudencial a fim de se responder como é realizado o controle judicial dos contratos de concessão.

O princípio da supremacia do interesse público encontra fundamento no art. 3º, IV e art. 66, §1º da Constituição Federal e, segundo uma interpretação sistemática, decorre do regime e dos outros princípios adotados pelo sistema jurídico, apesar de existirem outras posições doutrinárias.¹⁹⁰ Além disto, no caso dos contratos de concessão, é razão invocada pelas Leis nºs 8.666/93 e 8.987/95 para rescisão ou alteração unilateral do contrato pela Administração. Assim, não se discute se sua aplicação é possível, já que alçado à categoria de princípio e inserto mesmo em regras, mas a forma como isto é realizado, dada a indeterminação do conceito de interesse público, o que pode levar muitas vezes a sua aplicação errônea.

Sendo o conceito de interesse público plurívoco, é relevante especificar algum sentido em que o termo é empregado quando se afirma a supremacia do interesse público em matéria de Direito Administrativo. Inclusive, por que a crítica da imprecisão do conteúdo dos interesses públicos e suas consequências, na esfera das idéias, não pode ser encarda como um

¹⁸⁹ COSTA JÚNIOR, Álvaro Pereira Sampaio. **Judiciário e política regulatória – um estudo de caso sobre o papel das cortes e dos juízes na regulação do setor de telecomunicações**. 2007. 247 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, Brasília, 2007, p. 26.

¹⁹⁰ HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 124.

problema insolúvel, já que a vagueza do conteúdo não lhe retira a possibilidade de significação.¹⁹¹

Afora o campo do Direito positivado e, levando-se em consideração que o sentido de interesse público envolve aspectos extrajurídicos, Emerson Gabardo afirma que a sua perspectiva contemporânea é calcada em um ambiente do Estado social interventor do pós-guerra decorrente de uma visão do Direito administrativo ligada ao seu regime jurídico e, portanto, desconexa da vontade direta do povo ou da ontologia da solidariedade social, mas atinente ao ordenamento jurídico positivo.¹⁹² E, para fins do presente estudo, não cabem indagações mesmo acerca do leque de opções adotadas ao longo da História sobre o conceito, apesar de sua influência no pensamento do intérprete das normas a ele relacionadas.

Dentro dos limites do ordenamento jurídico, em linhas gerais, Daniel Wunder Hachem, baseando-se no fato de que ele constitui ao mesmo tempo fundamento e limite do poder estatal, seria possível reconhecer duas concepções jurídicas de interesse público: interesse público em sentido amplo ou interesse público em sentido estrito. O primeiro se refere a uma consideração genérica, englobando tanto o interesse da coletividade em si mesma (interesse geral) quanto interesses individuais e coletivos (interesses específicos), reconhecidos pelo ordenamento jurídico, consistindo em um pressuposto negativo de validade da atividade administrativa. O interesse público em sentido estrito é o interesse da coletividade em si mesma (interesse geral) identificada no caso concreto pela Administração em razão da competência que lhe foi outorgada, consistindo em um pressuposto positivo de validade da atividade administrativa.¹⁹³

Sobre o princípio da supremacia do interesse público, o autor ainda ressalta que ele não legitima arbitrariedades pela Administração, já que, nos casos em que é autorizada a prevalência do interesse geral sobre interesses individuais ou coletivos, exige-se como pressuposto de validade do ato, a previsão legal específica atributiva de competência, a fundamentação que revele as circunstâncias fáticas e o interesse público inserto na norma, o respeito aos princípios relativos à indisponibilidade do interesse público, especialmente os da proporcionalidade e o da razoabilidade e a existência de uma compensação, quando houver prejuízos acima da normalidade decorrentes do interesse jurídico afastado.¹⁹⁴ Sendo assim,

¹⁹¹ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 285.

¹⁹² GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 287.

¹⁹³ HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 124, pp. 155-194.

¹⁹⁴ HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 206-219.

apesar da amplitude, o interesse público não é absoluto, tanto quando da edição do ato administrativo quanto da interpretação do seu sentido pelo magistrado.

Passando-se para a outra razão invocada para mudança do contrato de concessão, o equilíbrio econômico-financeiro funciona como uma garantia conferida ao concessionário face aos diversos poderes exorbitantes atribuídos à Administração, podendo, entretanto, também ser utilizado por esta, daí o seu alto grau de suscetibilidade às decisões judiciais. Sua proteção encontra guarida em diversos dispositivos legais, como o artigo 37, XII, da Constituição Federal na expressão “mantidas as condições efetivas da proposta” e, mais especificamente, nos artigos 9º, § 2º, e 10 da Lei nº 8.987/95 e no artigo 58, § 2º, da nº 8.666/93.

A doutrina brasileira não elaborou, entretanto, contornos muito precisos para o que seria exatamente o equilíbrio econômico-financeiro de um ajuste e o seu aprofundamento não é objeto deste trabalho, razão pela qual o tema não será aprofundado. A maioria, como Odete Medauar, define-o em linhas gerais como “[...] a proporção entre os encargos do contratado e sua remuneração, proporção esta fixada no momento de celebração do contrato [...]”¹⁹⁵ ou, como afirma Celso Antônio Bandeira de Mello, como a relação de equivalência, entre as obrigações assumidas pelo contratado e a remuneração que lhe corresponderá, conforme inicialmente ajustado pelas partes igualdade deve perdurar ao longo de toda duração do vínculo, sendo uma garantia do contratado, constituindo-se em um dos pilares da teoria do contrato administrativo.¹⁹⁶ Outros autores afirmam ainda que o equilíbrio econômico-financeiro diz respeito à inalterabilidade das cláusulas econômicas, ou seja, exclusivamente patrimoniais, do contrato, que devem manter a citada proporção.¹⁹⁷

Na realidade, este conceito somente teria utilidade quando da análise do caso concreto. Abstratamente, pode-se apenas dizer que seria mesmo a relação entre todas as despesas gastas na prestação do serviço durante certo período, incluindo investimentos e manutenção, e todas as receitas que podem ser auferidas, tarifárias ou não. O equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, como dito, funcionaria como uma garantia conferida ao concessionário face aos diversos poderes exorbitantes atribuídos à Administração.

¹⁹⁵ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 235.

¹⁹⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Concessão de serviço público e sua equação econômico-financeira. **Revista de Direito Administrativo (RDA)**, Rio de Janeiro, v. 259, p. 251-272, jan./abr. 2012, p. 253.

¹⁹⁷ TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro. Contratos administrativos. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Coords.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas. 2011, p. 1218.

Um eventual desequilíbrio econômico no contrato pode ser provocado por diversos meios, sendo os principais decorrentes de: alteração unilateral do contrato pela Administração calcado no interesse público; fato do príncipe (atuação pública que repercute sobre o contrato); fatos imprevisíveis (teoria da imprevisão); e violação contratual, como a inadimplência. Cumpre lembrar que o desarranjo pode se dar tanto para a concessionária quanto para o poder concedente, ambos podendo solicitar o restabelecimento. Quanto ao primeiro meio, salienta Bandeira de Mello, que o Estado não atuaria de acordo com o Direito, mas violando-o, quando afronta direitos alheios ou quando, agravando-os (fato do príncipe), deixa de recompô-los fundados na suposição de defesa do “interesse público”, já que não há interesse público contra a lei, contra o desatendimento de direito alheio. A Administração não poderia se supor acima da ordem jurídica com base em alegações de “interesse público”. É dever das pessoas governamentais respeitar os direitos alheios e recomporem, inclusive espontaneamente, os agravos que lhes hajam causado, posto que não é interesse público, mas transgressão dele, esquivaram-se de reconhecê-los.¹⁹⁸ Obviamente, estas afirmações são suscetíveis de questionamento, dado o conceito indeterminado de interesse público e a obrigação da Administração em respeitá-lo dado o regime jurídico administrativo, o que leva a infundáveis demandas judiciais. Além do mais, a intangibilidade diz respeito apenas da equação econômico-financeira, não das cláusulas que tenham expressão econômica em si, inclusive as respeitantes às tarifas, que podem, portanto, ser alteradas, desde que o concessionário ou permissionário seja de alguma forma recompensado.¹⁹⁹

Ainda, resumidamente, a manutenção das condições efetivas da proposta é restaurada, em caso de desequilíbrio, mediante reajustes e revisões para recompor os valores que se tenham perdido, respectivamente, com o desgaste da moeda ou com a superveniência de encargos agravadores das prestações devidas pelo contratado (teoria da imprevisão), segundo a Lei nº 8.987/95, e que podem ser exigidos judicialmente.

Alexandre Santos de Aragão atenta para uma importante questão relativa ao fato de que a proteção ao conceito de equilíbrio econômico-financeiro vem sofrendo uma evolução nos últimos anos, desde a publicação da Lei nº 8.987/95. Segundo o autor, emerge na doutrina

¹⁹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Concessão de serviço público e sua equação econômico-financeira. **Revista de Direito Administrativo (RDA)**, Rio de Janeiro, v. 259, p. 251-272, jan./abr. 2012, pp. 255-256.

¹⁹⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões. **Revista de Direito Administrativo (RDA)**, Rio de Janeiro, v. 263, p. 35-66, maio/ago. 2013, p. 38.

e na praxe administrativa uma modelagem de alocação de riscos mais apropriada ao caso concreto, não imposta abstratamente de forma genérica na forma de lei.²⁰⁰

Com efeito, os critérios tradicionais do equilíbrio econômico-financeiro são insuficientes para situações contemporâneas, passando-se de uma concepção estática para uma concepção dinâmica do equilíbrio econômico-financeiro e da alocação de riscos nos contratos que ora se tratam, sobretudo por envolverem elevados valores e longos prazos de amortização, durante os quais muitos eventos, previsíveis ou não, de natureza propriamente econômica ou não, mas que afetam a economia do contrato de concessão. Os atuais contratos de concessão têm estipulado que os usuários assumam parte da álea empresarial ordinária da concessão, o que é plausível em face dos artigos 9º, § 2º, e 23, IV, da Lei nº 8.987/1995, sendo realizado mediante revises quinquenais e não apenas em caso de fatos imprevisíveis, por exemplo, ou outras formas não taxativas de divisão de riscos, com vistas a dar maior estabilidade e eficiência à concessão. Com efeito, conforme a amplitude das consequências práticas de eventual rescisão contratual por culpa da concessionária (fatos “previsíveis” muito onerosos) ou de sobrecarga para os usuários ou para o poder concedente (os fatos “imprevisíveis” economicamente excessivos), O autor ainda entende que o modelo tradicional de divisão de riscos pode ser flexibilizado pela realidade verificada mesmo quando outro compartilhamento de riscos não tiver sido previsto no contrato. Neste sentido, deve-se observar o caráter dinâmico que as relações contratuais possuem atualmente, em que as constantes mudanças sociais, econômicas e tecnológicas inviabilizam o tratamento jurídico do contrato.²⁰¹

Como se pode observar, a proteção ao equilíbrio econômico-financeiro não é questão simples a ser tratada pelo magistrado, quando invocada em demandas judiciais, principalmente por depender da análise do caso prático face à já citada mutabilidade dos contratos de concessão em situações concretas ligadas ao objeto da prestação. O mesmo ocorre quando se fala do interesse público invocado para alteração ou rescisão do contrato.

Conforme afirmado, o controle judicial pode ser realizado em relação à garantia ou não das cláusulas contratuais, onde o juiz pode adotar uma posição de respeito às cláusulas contratuais acordadas ou adotar outros motivos que levem à mudança do contrato. No caso dos contratos de concessão, dois fatores interdependentes geram uma maior instabilidade: (i) uma das partes é a Administração pública e (ii) as principais razões para a mudança do

²⁰⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões. **Revista de Direito Administrativo (RDA)**, Rio de Janeiro, v. 263, p. 35-66, maio/ago. 2013, p. 36.

²⁰¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões. **Revista de Direito Administrativo (RDA)**, Rio de Janeiro, v. 263, p. 35-66, maio/ago. 2013, pp. 36-55.

contrato são o interesse público e o equilíbrio econômico-financeiro, conceitos indeterminados. O primeiro fator gera discussão sobre o limite do controle judicial da Administração Pública, que atua discricionariamente ao impor mudanças de cláusulas se baseando no interesse público. Trata-se, neste sentido, da questão relativa à posição adotada pelo magistrado, principalmente quando se fala em aspectos técnicos contratuais,²⁰² dividida entre o ativismo judicial e a deferência judicial (também pode ser entendida como autocontenção judicial), onde podem surgir decisões com claro viés político, que extrapolem as funções constitucionalmente determinadas ao Poder Judiciário em sobreposição ou mesmo superposição aos outros Poderes, o que pode acabar em prejuízo da eficiência econômica, dificultando a relação e contribuindo para criar um ambiente de incertezas.²⁰³ O segundo fator gera discussão essencialmente porque, como visto, ambos os conceitos são plurívocos, ou seja, sua definição depende muito mais do intérprete do que de uma conceituação *a priori*, o que por si só é um fator de imprevisibilidade. Ambos fatores devem ser melhores explorados, sempre se observando a sua interdependência.

Antes de se adentrar na questão do controle judicial, deve-se ressaltar que não serão abordadas as teorias de hermenêutica jurídica, tema muito amplo e essencial para a teoria do Direito, mas de pouca relevância para o presente estudo. Esta ressalva deve ser feita porque a maior ou menor interferência do Poder Judiciário nos atos administrativos depende dos objetivos que são atribuídos à interpretação jurídica definida, em linhas muito gerais, como o descobrimento ou determinação do significado e amplitude das normas e atos jurídicos.²⁰⁴ Cabe ao menos colocar em linhas bem gerais a amplitude do problema dado que ele se relaciona com o próprio conceito de Direito.

Lenio Luiz Streck afirma que a hermenêutica envolve a própria aplicação do Direito, sendo que sua discussão trata tanto a questão do positivismo e do pós-positivismo, quanto à utilização de pressupostos hermenêuticos que leva em consideração certos modelos de juízes. Segundo o autor, é equivocado o entendimento de diversos autores sobre a idéia de que, adotar uma posição “pós-positivista” seja abandonar uma interpretação que leve em conta a literalidade da lei. Kelsen já havia superado este tipo de positivismo exegético e a

²⁰² WANG, Daniel Wei Liang et al. Capítulo 7: Revisão judicial dos atos das agências reguladoras: uma análise da jurisprudência brasileira. In: SHAPIRO, Mário Gomes (Coord.). **Direito Econômico Regulatório**. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 274-283

²⁰³ PINHEIRO, Armando Castellar; SADDI, Jairo. **Uma introdução teórica. Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 6.

²⁰⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Ativismo judicial, pragmatismo e capacidades institucionais – As novas tendências do controle judicial dos atos administrativos. **Revista Brasileira de Direito público (RBDP)**. Belo Horizonte, ano 10, n. 39, pp. 9-36, out./dez. 2012, Disponível em: <<http://ww.bidforum.com.br/bidi>> Acesso em 30/06/2013.

jurisprudência dos valores ou dos interesses já havia tratado também disto. Assim, não se pode admitir que tal argumento afaste o conteúdo de uma lei democraticamente legitimada. A literalidade e a ambigüidade seriam conceitos intercambiáveis que não poderiam ser esclarecidos em um plano abstrato de análise de signos do enunciado.²⁰⁵

Eneida Desiree Salgado e Emerson Gabardo também trataram da questão relacionando Direito e moral sob uma ótica neopositivista adotada por Hart e sua crítica por Carlos Santiago Nino. Segundo os autores, Hart expõe o conceito de Direito como explicado somente por meio de uma análise sobre os “usos-padrão” de expressões relevantes, que dependeria, portanto, de um contexto social. O conceito de Direito inserido neste contexto exige o reconhecimento de que na aplicação das regras sempre haverá uma dicotomia entre um “núcleo de certeza” e uma “penumbra de dúvida”, o que implica a existência de uma textura aberta, onde o juiz deve decidir sobre o que o precedente significa, podendo valer-se de um poder discricionário subjetivo, quando necessário. Assim, existiriam casos em que não restariam dúvidas e este poder discricionário não poderia ser exercido. O núcleo de certeza da regra depende, neste sentido, de dois fatores essenciais: (i) a formulação linguística e (ii) o contexto de aplicação (organização do processo, fatos, provas).²⁰⁶

Os autores ainda vaticinam que uma das características dos sistemas abertos como exposto por Hart é a de que as leis exigem uma interpretação, sendo que os juízes, como intérpretes fundamentais, não estão obrigados a uma interpretação mecânica de regras e freqüentemente utilizam da razoabilidade e da finalidade como critério hermenêutico. Além disto, os magistrados consideram princípios de moral e justiça quando da interpretação das regras, promovendo escolhas entre valores conflitantes. Ressaltam, entretanto, que a atividade judicial baseada nestes caracteres não permite concluir que o juiz possui função legislativa, já que ele necessita ser neutro e imparcial em seu julgamento, considerando todos os interesses envolvidos e embasando sua decisão em motivos aceitáveis racionalmente.²⁰⁷

Streck também critica o papel do intérprete do Direito baseado nos modelos de juiz criado por François Ost. Este autor haveria proposto um modelo de juiz pós-moderno sistêmico (Hermes) que atuaria em rede e seria uma evolução aos modelos tradicionais de juiz

²⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz. O (pós-) positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – dois decálogos necessários. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 7, p. 15-45, jan./jun. 2010, pp. 16-24.

²⁰⁶ SALGADO, Eneida Desiree; GABARDO, Emerson. Os fundamentos democráticos da decisão judicial e a questão do direito e da moral – uma visão a partir do neopositivismo de Hart e a crítica de Nino. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n.48, p.165-186, 2008, pp. 166-170.

²⁰⁷ SALGADO, Eneida Desiree; GABARDO, Emerson. Os fundamentos democráticos da decisão judicial e a questão do direito e da moral – uma visão a partir do neopositivismo de Hart e a crítica de Nino. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n.48, p.165-186, 2008, p. 180.

“liberal-legal” e piramidal-dedutivo (Júpiter) e de juiz como única fonte de Direito válida, como decisões particulares e que propiciaria um decisionismo (Hércules). Segundo Lenio Streck, estes três modelos estão equivocados, na medida em que a hermenêutica hoje deveria ultrapassar a compreensão de que o sujeito pensa e se apossa da interpretação e dos sentidos. A resposta que pode e deve ser encontrada não estaria no juiz/intérprete enquanto sujeito do “esquema sujeito-objeto”, mas no juiz/intérprete da relação de compreensão baseada na intersubjetividade (sujeito-sujeito). Em outras palavras, o foco não é quem daria a resposta correta, mas como esta se daria.²⁰⁸

Também não será tratado em parte o que José Rodrigo Rodriguez chama de constrangimento institucional em relação ao controle das decisões jurisdicionais. Constrangimento institucional seria a forma de controle que não se relaciona com o modo de justificação da decisão judicial, mas com o efeito do desenho institucional, inclusive do modelo normativo, sobre o julgamento. Este constrangimento pode ser pensado de duas formas: no recrutamento dos juízes e no desenho do organismo decisório em relação aos procedimentos. Dentro deste último, o presente estudo abordará a influência da organização do Poder Judiciário nas decisões, mas não dos modelos hermenêuticos construídos pela teoria do Direito do século passado e do início deste século para fazer coincidir a racionalidade teórica das decisões com sua existência prática.²⁰⁹

Como visto, a teoria hermenêutica envolve problemas relacionados com a própria teoria do Direito, estando muito além da perspectiva eminentemente descritiva do presente trabalho. Apenas importa para esta dissertação o estabelecimento de variáveis ligadas às decisões que influenciam contratos, inclusive as institucionais, sendo que a hermenêutica trata do processo decisório em si, não da mera constatação de uma posição determinada.

A essência da questão relativa ao controle judicial da Administração Pública, conseqüentemente a alteração do contrato de concessão por ato discricionário desta, está na separação de Poderes. Os limites do controle da atividade administrativa foram criados para se fixarem parâmetros nas quais as decisões judiciais poderiam se enquadrar, com o intuito de não permitir a invasão de um Poder sobre outro. Entretanto, como ressalta Marcos Paulo Veríssimo ao tratar do controle do poder normativo das agências reguladoras, o que também pode ser aplicado ao caso, não é possível estabelecer em um plano puramente teórico os

²⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz. O (pós-) positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – dois decálogos necessários. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 7, p. 15-45, jan./jun. 2010, pp. 16-24.

²⁰⁹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Zonas de autarquia nas decisões jurisdicionais: Estado de Direito, indeterminação e democracia. **Artigo DIREITO GV (Working Paper)**, São Paulo, n. 56, junho de 2012, pp. 5-10.

parâmetros que balizarão a atuação dos juízes,²¹⁰ inclusive, porque esta atuação também se relaciona à interpretação de conceitos jurídicos indeterminados. Pode-se, ao menos, apontar os principais e os confrontar posteriormente, quando da análise jurisprudencial.

Para tanto, porém, deve-se relacionar o controle judicial com a discricionariedade administrativa. Neste sentido, algumas teorias foram construídas para respaldar o maior controle realizado pelo Poder Judiciário. Uma das primeiras foi a da “teoria dos elementos do ato administrativo” pela qual alguns elementos do ato, como competência, forma e finalidade, seriam vinculados, sendo que poderia haver controle apenas sobre eles, restando intocados os outros, como o motivo. Em seguida, evoluiu-se para a “teoria dos desvio do poder”, na qual o Judiciário poderia invalidar o ato, caso seu resultado não estivesse em compasso com a finalidade legal. A “teoria dos motivos determinantes” legitimou a análise dos motivos ensejadores do ato administrativo em relação à sua existência quando comparados às circunstâncias de fato, permitindo, assim, a análise da proporcionalidade. Por fim, passou-se à vinculação dos atos discricionários pelos princípios, principalmente questionando-se a razoabilidade.²¹¹

A normatização e positivação dos princípios gerais do Direito especialmente na segunda metade do século XX, alargou o princípio da legalidade antes calcado unicamente na observação de regras jurídicas, o que tornou o conceito de discricionariedade mais limitado, redefinindo os contornos do controle judicial da Administração Pública. Esta “principalização” do Direito modificou as conexões entre discricionariedade e lei, incluindo novos parâmetros não legais e que antes eram políticos no exercício da liberdade fornecida à Administração. Reconhecendo-se que inexitem atos completamente discricionários, a sua distinção com os atos vinculados perde sentido, qualificando-se como discricionários somente alguns elemento dos atos administrativos, o que permite um controle maior pelo Poder Judiciário.

Neste sentido, também emerge a necessidade de reposta da própria Teoria do Direito Administrativo, afetado sobremaneira por esta “principalização” e por valores com base constitucional, ante a iminente crise de segurança jurídica gerada pelo alargamento do

²¹⁰ VERISSIMO, Marcos Paulo. Controle judicial da atividade normativa das agências reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 408.

²¹¹ WANG, Daniel Wei Liang et al. Capítulo 7: Revisão judicial dos atos das agências reguladoras: uma análise da jurisprudência brasileira. **Direito Econômico Regulatório**, 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 277-278.

conceito de legalidade e as múltiplas e difusas decisões judiciais acerca dos atos administrativos.²¹²

Conforme leciona Germana de Oliveira Moraes, a discricionariedade se confinou na margem de decisão conferida ao administrador pelas normas, sejam princípios ou regras, para que ele possa atuar mediante a ponderação entre os interesses inseridos no caso concreto e o interesse público ali indicado, observando-se os princípios gerais do Direito e critérios extrajurídicos de conveniência e oportunidade, no sentido de (i) complementar os pressupostos de fato necessários à edição do ato, (ii) decidir se e quando ele pode ser praticado, (iii) escolher o seu conteúdo dentre opções pré-fixadas pelo Direito ou (iv) colmatar tal conteúdo por meio de uma conduta não pré-fixada, mas aceita pelo ordenamento jurídico. A ponderação dos interesses, ressalta a autora, faz-se com recursos às diretrizes insertas nos princípios e a critérios não positivados nestes princípios. E seria esta a distinção da discricionariedade e do mérito administrativo, pois este último é adstrito à valoração administrativa mediante critérios não positivados de conveniência e oportunidade, alheios aos valores fixados nas normas constitucionais ou infraconstitucionais, que se resumiriam, em síntese, na idoneidade do ato para concretizar o interesse público. O mérito administrativo, neste sentido, não seria passível de revisão judicial, já que se confunde com considerações de conveniência e oportunidade não positivados em regras ou princípios.²¹³

Entretanto, deve-se considerar que esta definição tem uma grande amplitude, o que torna quase impossível definir casos em que o Poder Judiciário não possui competência para analisar o ato administrativo. Além disto, tanto grande parte da doutrina brasileira, quanto a jurisprudência do STF e do STJ, tendem a confundir discricionariedade com mérito. Como consequência, a extensão deste enorme controle conferido ao judiciário pode resultar em anulação ou invalidação do ato administrativo pelos mais variados motivos evocados pelo magistrado.²¹⁴

Em relação ao controle judicial e a discricionariedade dos atos administrativos, também sempre vem à tona a questão da chamada discricionariedade técnica, muito afeta aos contratos de concessão, envoltos na grande complexidade que gira em torno dos setores de infraestrutura.

²¹² ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil**. 2013. 439 f. Tese (Concurso público ao cargo de professor titular – área de Direito Administrativo) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, pp. 387-388.

²¹³ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999, pp. 177-181.

²¹⁴ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999, pp. 177-181.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, no Direito brasileiro esta questão pode ser analisada sob o aspecto dos atos administrativos propriamente ditos e dos atos normativos. Para o presente estudo importam os primeiros. A autora afirma que, no caso da discricionariedade técnica, não há discricionariedade propriamente dita, pois não há opções a serem feitas sob os critérios de oportunidade e conveniência, tampouco decisão política a ser tomada de acordo com o interesse público. O que existe, na realidade, é uma única decisão que deve ser adotada com base em critérios técnicos fornecidos pela ciência. Inclusive, quando um órgão administrativo edita atos normativos definindo conceitos indeterminados por meio de conceitos técnicos, não estaria sequer exercendo poder regulamentar, que pressupõe a existência de discricionariedade. Assim, não existiriam dúvidas quanto à possibilidade de revisão do ato pelo Poder Judiciário, quando editado com base em conceitos científicos determinados pelo órgão que editou o ato ao preencherem conceitos jurídicos indeterminados consubstanciados em lei.²¹⁵ Cássio Cavalli, por outro lado, ressalta que apesar de grande parte da doutrina brasileira seguir este posicionamento, percebe-se alguma margem de liberdade nos atos editados com discricionariedade técnica, na medida em que existiriam hipóteses em que a ciência ou a técnica não ofereceriam critérios claros de escolha da melhor opção, o que levaria à deficiência cognitiva que dificultaria a sindicabilidade jurisdicional de tal ato.²¹⁶

O que se pode concluir com relação ao controle judicial dos atos administrativos não vinculados, decorrentes de discricionariedade ou dos conceitos jurídicos indeterminados insertos na lei, sejam eles técnicos ou não, é pela amplíssima possibilidade de revisão judicial e consequente anulação ou invalidação do ato. Assim, quando instado a se manifestar sobre atos administrativos editados com base no interesse público, motivo legal para rescisão ou revisão do contrato de concessão, ou por solicitação de reenquadramento do equilíbrio econômico-financeiro, os magistrados têm grande amplitude para realizar sua interpretação. Entretanto, há necessidade de se distinguir realmente quando há um a situação em que os conceitos são indeterminados e passíveis de revisibilidade judicial total, daqueles em que isto não seria possível, em que o julgador deve se valer, face à imprecisão da linguagem adotada no caso, de raciocínios teórico-discursivos mediante um juízo de prognose. Em outras palavras, o magistrado deve verificar primeiramente se existem conceitos jurídicos

²¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, fev/mar/abr. 2007.

²¹⁶ CAVALLI, Cássio. O controle da discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, vol. 251, mai./ago. 2009, p. 75.

indeterminados e, caso os encontre, deve verificar se ele se atém à discricionariedade administrativa. Em caso afirmativo, se o caso se resolve mediante um juízo casual-teorético, ou seja, de conceitos de prognose, deve levar em consideração que há uma área de livre decisão administrativa na qual se admite apenas um controle parcial jurisdicional.²¹⁷ Uma análise jurisprudencial pode evidenciar se isto realmente ocorre e qual a tendência destas decisões.

Para efeitos do presente estudo e para que seja possível realizar esta análise jurisprudencial, também é extremamente relevante considerar, quanto à questão relativa ao critério do controle judicial da discricionariedade (técnica ou não) da Administração acima tratada, a postura dos magistrados e das cortes quando colocados a frente de determinado tema, ou seja, se a maioria dos magistrados e das cortes adotam uma posição inclinada ao ativismo judicial ou à autocontenção judicial na supressão de vazios contratuais.²¹⁸

Encontram-se na doutrina diversas definições de ativismo, como a que o coloca como princípio de Direito Processual²¹⁹ ou como a que o associa com a ampla participação do Poder Judiciário na consecução dos fins constitucionais, permitindo sua interferência na atuação de outros Poderes, por meio de aplicação da Constituição em situações não previstas por ela ou por meio da imposição de condutas ao Poder Público, principalmente no tocante às políticas públicas. Diferentemente da judicialização que seria um fato decorrente, no contexto brasileiro,²²⁰ do modelo constitucional dotado e não do exercício deliberado de vontade política do julgador, o ativismo é uma atitude de escolha interpretativa, expandindo-se o sentido e alcance da norma, principalmente da constitucional. Ele se manifestaria em condutas que, por exemplo, apliquem as normas constitucionais diretamente em situações não expressas pelo legislador, além da já citada imposição de condutas ou abstenções à

²¹⁷ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999, pp. 194-195.

²¹⁸ WANG, Daniel Wei Liang et al. Capítulo 7: Revisão judicial dos atos das agências reguladoras: uma análise da jurisprudência brasileira. **Direito Econômico Regulatório**, 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 274-283.

²¹⁹ LEITE, Evandro Gueiros. Ativismo judicial. **BDJur**, Brasília, DF, 2008. Disponível em: <http://biblioteca.universia.net/html_bura/ficha/params/title/ativismo-judicial/id/52524538.html> Acesso em: 22/fev/2013.

²²⁰ No Brasil, ocorreu uma certa judicialização da vida pública nacional, onde questões antes eminentemente políticas são levada ao Poder judiciário, principalmente ao STF. Uma das razões para isto está no fato da Constituição Federal brasileira de 1988 manter o modelo brasileiro de jurisdição una e controle misto, bem como ao texto constitucional transforma em regras jurídicas um conjunto amplo e contraditório de anseios sociais e políticos. Instado a utilizar normas vagas, o STF foi chamada a intermediar interesses entre atores políticos, sobretudo governo e oposição, assumindo cada vez mais seu papel político. VERISSIMO, Marcos Paulo. A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”. **Revista Direito GV**. São Paulo, 4(2), pp. 407-440, jul./dez., 2008, pp. 410-412.

Administração.²²¹ O ativismo judicial permite, enfim, um forte controle pelo Judiciário com ampla revisão dos atos administrativos, incluindo a decisão administrativa em si, com base no argumento, por exemplo, de atribuir uma maior legitimação a estas decisões.²²²

Em outro vértice, também se encontra a definição do oposto do ativismo, a autocontenção judicial ou deferência judicial. Como dito, a ampliação do controle de legalidade, que passou a ser realizado pelo meio de princípios, deixou muito tênue a linha que separa a divisão de atos vinculados e discricionários, o que gerou vários graus de vinculação dos atos à juridicidade, surgindo diferentes escalas de controle à disposição do Poder Judiciário. Por este entendimento, a estipulação de critérios permitiria uma maior ou menor interferência quando presentes. Um destes critérios, por exemplo, seria a tecnicidade envolvida no ato ou a participação dos atingidos pelos efeitos no processo administrativo que gerou a decisão discricionária. A deferência judicial, portanto, decorre de uma visão mais crítica sobre a não limitação do controle judicial dos atos administrativos.²²³ Na autocontenção judicial, o Poder Judiciário diminui sua interferência por meio, por exemplo, da espera pela ação do legislador quando não existe matéria prevista em lei ou na abstenção de interferência em políticas públicas.²²⁴

Apesar da divergência e da falta de clareza nas definições que podem dificultar o estabelecimento de posições adotadas pelo magistrado em suas decisões, ao final, pode-se, a partir da consideração de certos elementos constantes nas decisões, definir se o juiz adotou uma posição ativista na sentença analisada. E será este dado que irá compor um “banco de dados” para análise.

Para o presente estudo, alguns assuntos que podem ser encontrados sobre ativismo/autocontenção judicial não devem ser considerados, já que desnecessários para se estabelecer as variáveis ligadas às decisões que influenciam contratos, pois vão além da constatação de uma posição e tratam mais do processo decisório em si. Um primeiro exemplo seria o das críticas à intervenção judicial dada seu risco para a legitimidade democrática, para a politização da Justiça ou para os limites da capacidade institucional do Poder Judiciário.²²⁵

²²¹ BARROSO, Luís Roberto. A judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Atualidade Jurídica: revista eletrônica do Conselho Federal da OAB**. n.º 4. jan/fev 2009, pp. 7-8.

²²² WANG, Daniel Wei Liang et al. Capítulo 7: Revisão judicial dos atos das agências reguladoras: uma análise da jurisprudência brasileira. **Direito Econômico Regulatório**, 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 279.

²²³ WANG, Daniel Wei Liang et al. Capítulo 7: Revisão judicial dos atos das agências reguladoras: uma análise da jurisprudência brasileira. **Direito Econômico Regulatório**, 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 279-280.

²²⁴ BARROSO, Luís Roberto. A judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Atualidade Jurídica: revista eletrônica do Conselho Federal da OAB**. n.º 4. jan/fev 2009, p. 6-7.

²²⁵ BARROSO, Luís Roberto. A judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Atualidade Jurídica: revista eletrônica do Conselho Federal da OAB**. N. 4. jan/fev 2009, pp. 10-15.

Esta última crítica, principalmente, refere-se à uma preocupação com melhora das instituições brasileiras, ou seja, com a capacidade institucional segundo a qual cada Poder estaria melhor habilitado para produzir a melhor decisão em determinada matéria. A implementação do controle judicial dos atos administrativos para estar em harmonia com a legitimidade democrática e eficiência administrativa, depende do reconhecimento das limitações institucionais do Poder Judiciário, tanto no que se refere à atribuição de competências, quanto à própria compreensão de questões excessivamente técnicas.²²⁶ Não apenas no que se refere às instituições, mas a própria evolução da Teoria do Direito Administrativo e, conseqüentemente efetivação das políticas públicas, está ligada à necessidade de solução ante a aos novos rumos da democracia ante amplificação do controle judicial.²²⁷

Outro exemplo do que não será abordado está na discussão sobre como os juízes brasileiros se apropriaram erroneamente de teorias estrangeiras para erigir novos modelos de análise face a nova Constituição federal de 1988, principalmente as ligadas à jurisprudência dos valores e à teoria da argumentação de Robert Alexy, na qual uma “ponderação de princípios” é utilizada meramente para que o juiz dê sua opinião pessoal sobre o problema.²²⁸ Outra discussão que não vem ao caso seria sobre o fato do Poder Judiciário não poder substituir o constituinte originário, criando uma “Constituição paralela” por meio de interpretações subjetivas face à lacuna legislativa.²²⁹

²²⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Ativismo judicial, pragmatismo e capacidades institucionais – As novas tendências do controle judicial dos atos administrativos. **Revista Brasileira de Direito público (RBDP)**. Belo Horizonte, ano 10, n. 39, pp. 9-36, out./dez. 2012, Disponível em: <<http://ww.bidforum.com.br/bidi>> Acesso em 30/06/2013.

²²⁷ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil**. 2013. 439 f. Tese (Concurso público ao cargo de professor titular – área de Direito Administrativo) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 396.

²²⁸ STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em terrae brasilis. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011, p. 8-10. Disponível em <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/53>> Acesso em: 22 fev. 2013.

²²⁹ STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)** 1(2):75-83 julho-dezembro 2009, p. 81. Disponível em <<http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/84.pdf>> Acesso em 22/02/2013.

4.2 PREVISIBILIDADE E CUSTOS DE TRANSAÇÃO ASSOCIADOS AO CONTROLE JUDICIAL DO CONTRATO DE CONCESSÃO

As variáveis devem ser erigidas para gerar maior previsibilidade e, assim, comprovar alguns dos fundamentos econômicos da incerteza jurisdicional, cujo efeito mais importante seria elucidar a ligação entre um judiciário imparcial, sem posições como “pró-credoras” ou “pró-devedoras”, à redução da desigualdade, já que a garantia de cumprimento dos contratos, seja qual for a posição ou o poder econômico dos contratantes, encoraja o investimento e o desenvolvimento dos negócios.²³⁰

Assim, em uma segunda etapa para efetuar a análise por meio da AED do fenômeno jurídico ligado às decisões judiciais relativas aos contratos de concessão de serviço público com vistas ao aumento de sua previsibilidade, já que primeira foi estabelecer quais eram tais custos, torna-se relevante relacionar a forma como é realizada a revisão contratual pelo Poder Judiciário, o que foi feito nos parágrafos acima, com a própria incompletude das cláusulas acordadas.

Os reais custos de transação do sistema, oriundos da maior ou menor solidez das instituições a serem garantidas, muitas vezes não estão previstos na teoria clássica dos contratos, sendo que as omissões esbarram em última instância nas demandas judiciais. Existe uma relação direta em que quantidade dos custos de transação em relação aos seus riscos definirão o grau de incompletude do contrato.

Explica-se: não sendo a realidade totalmente antecipável, como bem observou John Kenneth Galbraith quando acusa a possibilidade de previsibilidade econômica como uma "fraude inocente", os custos de transação inviabilizam a feitura de um contrato completo, levando às diversas lacunas que poderão inviabilizá-lo, já que demandas judiciais seriam geradas no futuro.²³¹

Em relação aos contratos de concessão de serviço público, esta incompletude, os custos de transação e a posterior alteração contratual afetarão definitivamente o seu equilíbrio econômico-financeiro. Portanto, existe um risco real de alteração contratual da concessão, uma vez que o reequilíbrio econômico-financeiro pode ser exigido a qualquer tempo no caso

²³⁰ RIBEIRO, Ivan Cesar. **Robin Hood versus King John: como os juízes locais decidem casos no Brasil?** Brasília: IPEA, 2010, v.1, 536 p. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/ipeacaixa/premio2006/docs/trabpremiados/IpeaCaixa2006_Profissional_01lugar_tema_01.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2013.

²³¹ GALBRAITH, John Kenneth. **A economia das fraudes inocentes**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, pp. 57-62.

de alterações fáticas, previsíveis ou não, o que gera forte fator de risco para o investidor ou mesmo para quaisquer contraentes, principalmente pela possibilidade de questionamento judicial. Nesta seara, conforme já citado, existem custos de transação *ex post*, onde tem peso relevante os prejuízos decorrentes da dificuldade de interpretar e se fazer cumprir os contratos, sendo a imprevisibilidade jurídica determinante, já que cabe ao Poder Judiciário a garantia das instituições.

Com efeito, situações de imprevisibilidade levam à discussão dos contratos de concessão de serviços públicos, incompletos por natureza, no Poder Judiciário, que supre os espaços alterando o seu conteúdo. Assim, a análise destas decisões judiciais aumenta a previsibilidade dos custos *ex post*. Inclusive, dependendo da amplitude da revisão judicial, pode-se colocar em risco a própria efetividade da regulação setorial realizada por meio do contrato.²³²

Outro problema surge quando se questiona o modo como pode ser efetuada esta análise para que seja gerada a previsibilidade almejada. Como classificar a posição do Poder Judiciário de acordo com suas decisões?

Armando Castellar Pinheiro inicia o assunto referente ao modo como o papel do Poder Judiciário pode ser analisado, reforçando que, apesar do papel da legislação ser fundamental para uma economia de mercado, ela precisa possuir pilares em instituições sólidas que garantam sua aplicação e resolvam os conflitos surgidos ao longo do tempo, papel eminentemente desempenhado pelos tribunais.²³³

Não apenas este, mas o alcance de outros objetivos, muitas vezes inconciliáveis (como justiça e eficiência), torna extremamente difícil o estabelecimento de uma medida para determinar a qualidade do sistema judicial por meio da análise de suas decisões. Além da capacidade do sistema judiciário eficiente depender da clareza do sistema legal, existe também dependência relativa à própria elaboração dos contratos. Ambas as razões, adicionadas aos princípios abertos erigidos pela sociedade e albergados pela Constituição, tornam mais difícil ainda a criação de um meio objetivo de mensuração amplamente aceito.

Entretanto, adotando-se pressupostos definidos e considerando que o Poder Judiciário possa ser qualificado de acordo com as suas respostas finais dadas à sociedade, a metodologia da pesquisa quantitativa para a análise de decisões judiciais pode ser de grande utilidade, apesar da reticência de muitos pesquisadores em utilizá-los nas ciências sociais. As críticas

²³² WANG, D. W. L.; DE PALMA, J. B.; COLOMBO, D. G.. Capítulo 7: Revisão judicial dos atos das agências reguladoras: uma análise da jurisprudência brasileira. **Direito Econômico Regulatório**, 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 275.

²³³ PINHEIRO, Armando Castellar. **Judiciário e economia no Brasil**. São Paulo: Sumaré, 2000, p. 21.

não cabem quando são delimitados exatamente os objetos de estudo e o seu alcance por meio de probabilidade, o que descarta o maniqueísmo do verdadeiro ou falso no alcance de uma “verdade” universal. Além disto, o plano utilizado na pesquisa quantitativa de jurisprudência é longitudinal, ou seja, desenvolver-se-á ao longo de um período específico.²³⁴

A metodologia quantitativa é ferramenta essencial para a obtenção de análises objetivas acerca das decisões judiciais, possibilitando sua posterior utilização em diversos campos, como na elaboração de políticas públicas para determinado setor ou mesmo no incentivo de novos investimentos em áreas onde o agente econômico não possuía antes previsibilidade. Portanto, é extremamente relevante a realização de uma análise jurisprudencial acerca dos contratos de concessão de serviço público, o que certamente contribuiria para a diminuição dos custos de transação e de riscos com aumento da previsibilidade, sendo a metodologia da pesquisa quantitativa de grande utilidade do alcance deste objetivo. Esta pesquisa empírica acerca da ação dos órgãos de Poder também é necessária para a análise do funcionamento das instituições, principalmente daqueles que praticam atos jurisdicionais, caso se considere que o modo de pensar dogmático é o procedimento de que os órgãos jurisdicionais se utilizam para tomar suas decisões. Sendo assim, a descrição deste funcionamento significa reconstruir a maneira pela qual estes órgãos realizam raciocínios dogmáticos com o fim de controlar o grau de indeterminação que caracteriza seus julgamentos, o que permitiria a proposição de reformas institucionais em relação às matérias para órgãos de natureza administrativa. Sobre o assunto, José Rodrigo Rodriguez aponta para a importância da tarefa de identificar as zonas de arbitrariedade no interior do Estado de Direito em que os órgãos de poder atuam de forma arbitrária, denunciando-se modelos autoritários ou meramente simbólicos de legitimação das decisões e possibilitando sua adequação mediante reformas institucionais.²³⁵

Além disto, deve-se questionar também sobre qual jurisprudência tal análise deve ser focada quando se tratam dos contratos de concessão. Sim, pois existem diversos órgãos do Poder Judiciário com competência para exarar decisões sobre tais acordos. Como um dos elementos determinantes para se verificar a jurisdição, a natureza das normas que fundamentam os contratos públicos deve ser o ponto inicial para esta verificação.

Com efeito, as Leis nº 8.666/93 e nº 8.987/95 são a base para a compreensão das alterações dos contratos de concessão em virtude do interesse público. Como leis federais,

²³⁴ RICHARDSON, Roberto Jarry. **Pesquisa Social - métodos e técnicas**. 3 ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 59.

²³⁵ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Zonas de autarquia nas decisões jurisdicionais: Estado de Direito, indeterminação e democracia. **Artigo DIREITO GV (Working Paper)**, São Paulo, n. 56, junho de 2012, p. 20.

podem ser consideradas a base jurídico-legal brasileira acerca destes ajustes (Constituição Federal, artigos 22 e 24, *caput* e § 1º) e, portanto, influenciadoras de todas as normas acerca do tema, sendo, assim, da maior relevância para se obter uma análise sobre como a instituição judicial se porta quando demandada sobre o assunto. Além destas leis, a Constituição Federal também trata da garantia do equilíbrio econômico financeiro do contrato público em seu artigo 37, XII, que também é uma das principais causas invocadas pelas partes para a alteração contratual.

Considerando, assim, que os principais dispositivos legais têm natureza constitucional e federal, deve-se verificar quais os órgãos do Poder Judiciário com competência máxima para interpretar assuntos desta natureza, já que serão a última palavra sobre o tema e orientarão os demais. E isto é essencial quando se tratam de custos *ex ante* associados à previsibilidade das decisões. Com relação à Constituição Federal, a atuação máxima compete ao Supremo Tribunal Federal (STF) por força do artigo 102, III. Sobre as leis federais, a última instância é o Superior Tribunal de Justiça (STJ), segundo o artigo 105, III, da Carta Magna. Portanto, uma análise jurisprudencial sobre os contratos de concessão de serviço público deve se ater principalmente sobre as decisões exaradas pelo STF e pelo STJ sobre o assunto.

Além das cortes superiores, as cortes regionais federais (Tribunais Regionais Federais da 1ª, 2ª, 3ª, 4ª e 5ª Regiões) também desempenham papel fundamental na interpretação das leis federais citadas, principalmente no que tange à mudança das cláusulas contratuais. Isto devido às Súmulas 454 do STF (“A simples interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário”) e 5 do STJ (“A simples interpretação de clausula contratual não enseja recurso especial”).

Os juízes federais de primeira instância são igualmente importantes para a verificação do ambiente institucional no qual os pleitos relativos ao contrato de concessão estão envoltos. Os pontos de veto também estão além do Judiciário Federal, abarcando a Justiça Estadual, principalmente porque inúmeras ações são movidas apenas contra as concessionárias dos serviços públicos, sem a participação da União. Entretanto, dada a enorme quantidade de ações que compõem tal quadro, a dificuldade de obtenção das sentenças em seu inteiro teor e a grande possibilidade de interposição de recursos modificativos do seu conteúdo, a análise desta instância, tanto federal quanto estadual, resta impossibilitada dentro dos limites deste estudo.

Portanto, devido às razões acima invocadas, o presente estudo se limitará à análise das decisões do STF, do STJ e dos tribunais regionais federais.

Após todas as considerações levantadas, podem ser respondidas de forma não absoluta as questões levantadas inicialmente acerca dos principais motivos que levam o magistrado a modificar os termos de um contrato de concessão de serviço público ou a mantê-lo, principalmente no que tange à forma como o quadro normativo no qual este está inserido.

A principal motivação existente nas regras que permitem a modificação contratual, qual seja, o interesse público e o equilíbrio econômico-financeiro, possuem contornos pouco nítidos para saber exatamente de antemão como serão interpretados pelo magistrado quando colocado a resolver problemas desta natureza. Por conseguinte, o controle jurisdicional da Administração pública em relação aos atos administrativos não vinculados tem uma grande amplitude, essencialmente pela utilização dos princípios constitucionais, apesar de alguns doutrinadores fazerem referência à possibilidade de existência de um mérito administrativo incidível judicialmente ou pela incapacidade institucional do Poder Judiciário. Além do mais, considerando a existência também de vozes contrárias, a doutrina coloca cada mais a possibilidade do magistrado adotar uma posição ativista e realizar uma interpretação que as ultrapasse regras específicas em relação ao contrato de concessão.

Finalmente, considerando que a previsibilidade das decisões judiciais é alta quando se sabe ao certo se há a possibilidade de se ganhar ou perder uma ação em um período de tempo curto, podemos concluir que a previsibilidade no caso das decisões relativas aos contratos de concessão, levando em conta apenas o primeiro fator, é baixa. Assim, uma análise de decisões judiciais por meio da metodologia quantitativa pode contribuir para atenuar este quadro de incertezas, não por prever de antemão qual motivação o magistrado irá utilizar para fundamentar suas decisões, mas para verificar a quantidade de vezes em que motivações como o interesse público são invocadas, por exemplo, ou quantas vezes o magistrado ignora uma omissão legislativa e adota uma posição ativista, ou ainda, outras causas relevantes para modificação.

CAPÍTULO 5 METODOLOGIA E TÉCNICA PARA ANÁLISE DAS DECISÕES JUDICIAIS

5.1 METODOLOGIA DE PESQUISA

Para realizar pesquisa que se proponha científica são necessárias regras que tornem a análise da realidade objetivamente possível, o que ocorre por meio do uso do método, que é o orientador geral para a obtenção do conhecimento, sendo composto por um conjunto de procedimentos que, observados, garantem a legitimidade do saber obtido ao final da pesquisa. A técnica seria a tática, o modo específico e mais adequado pelo qual a ação se desenvolve em cada etapa da pesquisa.²³⁶

Tratando-se da análise de decisões judiciais, normalmente se tem em mente a solução de diversas questões relacionadas ao posicionamento do Poder Judiciário em relação a um determinado tema. Este é o recorte da realidade que se deseja fazer, a verificação de como são feitas, o porquê dos argumentos utilizados e quais as consequências das decisões judiciais em relação a determinado assunto. Especialmente, o presente estudo está preocupado em analisar estas decisões com o intuito de responder o problema de em que medidas elas afetam os custos de transação dos contratos de concessão de serviço público.

A dificuldade inicial a que se propõe o pesquisador quando decide analisar decisões judiciais com o intuito de produzir conhecimento científico é principalmente relacionada ao instrumental que irá utilizar para tanto. Principalmente devido à dificuldade de selecionar parâmetros relacionados às opiniões humanas que, apesar de, no caso, estarem teoricamente balizadas pela lei vigente, claramente sofrem as mais diversas influências ambientais (econômicas, sociais, políticas) e psicológicas associadas à própria condição humana.

Antônio Carlos Gil propõe uma classificação das pesquisas com base nos objetivos e uma outra com base nos procedimentos técnicos. A primeira se divide em pesquisa exploratória, pesquisa descritiva e pesquisa explicativa. A outra possui diversas divisões e está relacionada com o que o autor descreveu como delineamento, em que o elemento mais importante seria o procedimento técnico de coleta e análise de dados. Esta classificação se

²³⁶ GALLIANO, Guilherme. **O método científico: teoria e prática**. São Paulo: Harbra, 1986, p.6.

divide em pesquisa em bibliográfica, documental, *ex-post facto*, levantamento, estudo de caso, dentre outras.²³⁷

Roberto Jarry Richardson se preocupa antes, e com absoluta razão, com os pressupostos ontológicos e da natureza humana que definem o ponto de vista que o pesquisador tem do mundo. Ele explica que tais posições serão determinantes para a definição da perspectiva epistemológica a ser utilizada, dividindo-as em três: positivismo lógico, estruturalismo e materialismo dialético.²³⁸ Esta preocupação é extremamente pertinente, principalmente quando se tem em mente os novos paradigmas que estão sendo estabelecidos, ou ao menos sugeridos por alguns autores, para a produção do conhecimento científico nos tempos atuais. Para Pablo González Casanova estes novos paradigmas devem ultrapassar o meramente mecânico. Inclusive, neste ponto, o autor explica que, uma das razões de queda desta epistemologia seria a introdução pela Física (Heisenberg) do observador como parte do sistema analisado em contraposição aos pressupostos estabelecidos por Francis Bacon,²³⁹ o que se aplica perfeitamente ao presente caso por meio de duas “portas”: a do juiz analisando a realidade do problema que lhe é proposto e a do próprio posicionamento do pesquisador em relação à realidade, como afirmado anteriormente. Entretanto, seria necessário outro espaço para a análise dos meios pelos quais deveria ser utilizado o caminho cognitivo-ativo do pensamento crítico proposto por Pablo G. Casanova, que tem em consideração a relação social de exploração de uns homens pelos outros por meio da análise das causas da exploração e das implicações da libertação.²⁴⁰ Eventualmente, levar-se-ão em consideração outros valores além dos científicos na pesquisa, como o ético, mas este não é o objetivo principal, que é eminentemente descritivo de uma situação que já captou parte da realidade por meio de outros olhos.

Importante ainda notar quando se trata de novas tendências de produção do conhecimento científico, o argumento de Boaventura de Souza Santos relativo ao pensamento abissal. Este consistiria num sistema de distinções visíveis e invisíveis, sendo que as invisíveis fundamentam as visíveis. As invisíveis são estabelecidas através de linhas radicais que dividem a realidade social no universo ‘deste lado da linha’ e no universo ‘do outro lado da linha’. Devido à divisão, este último universo desaparece enquanto realidade, tornando-se inexistente, e é mesmo produzido como inexistente. No caso das decisões judiciais, a análise

²³⁷ GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. São Paulo: Editora Atlas, 2007, pp. 41-44.

²³⁸ RICHARDSON, Roberto Jarry. **Pesquisa Social - métodos e técnicas**. 3 ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 32.

²³⁹ CASANOVA, Pablo González. **As novas ciências e as humanidades: da academia à política**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2006, p. 262.

²⁴⁰ CASANOVA, Pablo González. **As novas ciências e as humanidades: da academia à política**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2006, p. 299.

das suas motivações pode ser utilizada para descrição da manifestação ou não da lógica visível do pensamento abissal em relação ao Direito por meio do dualismo visível, legal versus ilegal, em substituição ao dualismo invisível, apropriação versus violência. Identificando tais elementos, novo conhecimento jurídico poderia ser produzido, mas com base na “ecologia dos saberes” indicada por Boaventura de Souza Santos, onde há o reconhecimento de uma pluralidade de conhecimentos heterogêneos interdependentes e dinâmicos, no qual a idéia principal é a de que o conhecimento é interconhecimento, em contraposição à monocultura da ciência moderna.²⁴¹

Com base na divisão proposta por Richardson, afirma-se de antemão que o pressuposto epistemológico a ser adotado nesta pesquisa será o positivismo lógico, sem, todavia, descuidar-se de outras questões que podem influenciar a pesquisa, abordadas de forma apenas fronteira ao fenômeno descrito. O estruturalismo não pode ser adotado no presente caso por ser essencialmente antiempírico, já que trabalha com estruturas mentais, representações, onde elementos do sistema são regidos por leis de atividades inconscientes, sendo, portanto, o inconsciente um sistema simbólico que está no centro da análise. Portanto, a estrutura não é acessível a um conhecimento direto da realidade, o que impossibilita sua utilização para a análise das decisões judiciais de modo quantitativo.²⁴² A dialética, por sua vez, poderá ser utilizada de forma complementar, quando for buscada a explicação de alguma relação de contradição entre as variáveis encontradas nas decisões judiciais sob uma perspectiva histórica, mas este não é o núcleo central de uma análise jurisprudencial, cujo objetivo seja descrever posições sobre um tema, independentemente das motivações do agente.

Após tais considerações e definida a opção pela epistemologia positivista, cabe a ressalva de que não são adequadas algumas estratégias metodológicas enquadráveis à análise jurisprudencial de acordo com a classificação proposta por Antônio Carlos Gil.²⁴³

O primeiro exemplo seria a pesquisa exploratória, pois não se deseja aprimorar idéias ou descobrir intuições, mas apenas descrever situações, explicando-as. Assim, três outros métodos ligados a tal pesquisa devem ser inicialmente descartados, a bibliográfica e o estudo de caso. O estudo de caso, inclusive, seria a técnica mais indicada para a análise da mudança do comportamento de algum grupo selecionado (como investidores privados, por exemplo) face às decisões judiciais, o que não é desejado. Além disto, a estratégia do estudo de caso

²⁴¹ SANTOS, Boaventura de Souza. Capítulo 1: Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. **Epistemologias do Sul**, SANTOS, Boaventura de Souza; MENESES, Maria Paula (Orgs.). Coimbra: Edições Almedina S.A., 2009, pp. 23-44.

²⁴² RICHARDSON, Roberto Jarry. **Pesquisa Social - métodos e técnicas**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 38-39.

²⁴³ GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 41-59.

possui algumas limitações, como falta de rigor metodológico e dificuldade para generalização. Outro exemplo seria a pesquisa explicativa em sua forma pura, que têm por escopo identificar os fatores que determinam a ocorrência de fenômenos, muito difícil de aplicação às ciências sociais, pois depende muito do método experimental. Mas a sua aplicação de forma híbrida é recomendável.²⁴⁴

Como os objetivos da pesquisa se relacionam à verificação de como são feitas, o porquê dos argumentos utilizados e quais as consequências das decisões judiciais em relação aos contratos de concessão de serviço público, o tipo mais adequado é o descritivo, envolvendo o estabelecimento de relações entre variáveis a partir de certa “coleta de dados” (decisões judiciais), mas não necessariamente o estabelecimento dos fatores que contribuem para sua ocorrência, muito difícil no caso das ciências sociais.²⁴⁵

Partindo-se desta perspectiva descritiva, a utilização do método indutivo se mostra pertinente, pois, após a análise dos dados obtidos em relação a uma série restrita de variáveis, chegar-se-á a uma proposição geral,²⁴⁶ no caso, a verificação das hipóteses relacionadas à solução dos problemas de como e quanto as decisões judiciais impactam os custos de transação.²⁴⁷

Ainda, considerando a perspectiva descritiva por meio do método indutivo, faz-se necessário especificar por qual maneira serão estabelecidas e analisadas as relações entre variáveis estipuladas que levarão à proposição geral. Neste ponto encontram guarida outros métodos a serem utilizados, o quantitativo e o estatístico.

Antes, porém, cabe fazer algumas ressalvas em relação à organização dos dados para uma ou mais variáveis estáticas no tempo na forma de seções cruzadas (*cross section*), como será aqui abordado. Embora o *cross section* seja muito utilizado para verificar a forma como os sistemas judiciais afetam o desenvolvimento econômico, ele possui algumas limitações. A primeira está no fato de que não há uma identificação de *proxies* para medir a qualidade dos sistemas judiciais em diversos países, principalmente devido à existência de formas políticas diversas que afetam os fatores de produção de inúmeras formas, sendo que não resta claro como o sistema judicial pode induzir estabilidade política nestes casos. Em segundo lugar, existem problemas econométricos, uma vez que o modelo é muito sensível à especificação

²⁴⁴ GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 42-55.

²⁴⁵ GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 42.

²⁴⁶ RICHARDSON, Roberto Jarry. **Pesquisa Social - métodos e técnicas**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 35.

²⁴⁷ Por se tratar de uma simplificação da realidade, obviamente as conclusões obtidas poderão estar sujeitas a contestações de diversos fronts, tais como a impossibilidade de utilização dos modelos das ciências exatas aos fenômenos sociais, o problema de estudo dos dados isolados sem relação com os diversos fenômenos que o cercam e a extrema preocupação com resultados e não com processos. RICHARDSON, Roberto Jarry. **Pesquisa Social - métodos e técnicas**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 1999.

utilizada, bem como a endogeneidade das variáveis utilizadas que, quando controladas, reduz sua significância estatística. Um terceiro problema também diz respeito à amostra utilizada que, diferentemente de outras pesquisas, afeta sobremaneira os resultados. Por fim, menciona-se que a qualidade dos sistemas judiciais é apenas uma entre muitas variáveis que afeta a diferença de crescimento entre diversos países.²⁴⁸ Não se pretende nesta dissertação, entretanto, estabelecer se um sistema judicial é bom ou ruim com base nas decisões judiciais, nem de que forma isto contribui para o desenvolvimento, mas apenas avaliar tais decisões de forma a contribuir para o aumento da previsibilidade e diminuição dos custos de transação dos contratos de concessão de serviço público.

O método quantitativo tem por característica a quantificação das informações coletadas e sua análise apenas para descrever um fenômeno, não para verificar suas causas (apesar de poder também indicar possíveis causas), especificando o grau de correlação entre as variáveis selecionadas.²⁴⁹ Como a divisão entre os métodos quantitativo e qualitativo não é clara, pode-se dizer que dados qualitativos podem também ser quantificáveis, quando, por exemplo, os parâmetros estabelecidos para sua análise utilizam um conceito, uma atitude, uma opinião que se manifeste, motivo pelo qual ambos os métodos são complementares.²⁵⁰ Considerando tal idéia, o método a ser empregado nesta pesquisa também é qualitativo, já que consideraria a opinião de magistrados baseados em teorias jurídicas, bem como o ambiente institucional em que elas seriam desenvolvidas.

Em relação ao método quantitativo, Luciana Yeung adverte para a dificuldade de realização dos trabalhos empíricos. O problema estaria na maior vulnerabilidade destes trabalhos pela própria natureza do estudo das instituições, devido à complexidade das instituições econômicas e ante a dificuldade de sua mensuração quantitativa. Assim, a estatística, que é muito aplicada em economia em geral, não seria diretamente aplicável no estudo da economia institucional. Diz ainda que os estudos relacionados ao impacto do judiciário na economia se baseiam em “verdades lógicas” e não empíricas, sendo que o que ocorre na maioria das vezes é que, ao partir para a mensuração quantitativa, tais verdades lógicas tornam-se muito mais difíceis de serem comprovadas do que se imaginava inicialmente. Cita como exemplo uma das verdades lógicas mais conhecidas no *Law and Economics* e na NEI de que direitos de propriedade seguros e sistemas legais eficientes geram bons resultados econômicos e, todavia, existem pesquisas no sentido de que, apesar desta

²⁴⁸ PINHEIRO, Armando Castellar. **Judiciário e economia no Brasil**. São Paulo: Sumaré, 2000, pp. 67-73.

²⁴⁹ RICHARDSON, Roberto Jarry. **Pesquisa Social - métodos e técnicas**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 1999, pp. 70-71.

²⁵⁰ RICHARDSON, Roberto Jarry. **Pesquisa Social - métodos e técnicas**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 80.

relação ser bem entendida na teoria, ela não é tão direta quanto se imaginava. Algumas das principais dificuldades encontradas pelos trabalhos empíricos na NEI seriam: nexos causais entre sistema legal e sistema econômico difícil de ser comprovado; difícil quantificação e mensuração das variáveis envolvidas e difícil especificação da forma funcional dos modelos analíticos; pesquisas de opinião como fonte principal de “dados”, argumentos fortemente baseados em evidências anedóticas e senso comum e; difícil derivação de recomendações para políticas públicas.²⁵¹ Após tecer tais críticas, a autora afirma que trabalhos recentes provam que esta aplicação da metodologia quantitativa não é impossível, mas que demanda maior trabalho, principalmente na definição das variáveis. No presente estudo, como não se pretende estabelecer a definição da qualidade do Poder Judiciário, tampouco sua relação com desenvolvimento econômico, o estabelecimento das variáveis será bastante simples.

Após a decisão pela utilização do método quantitativo, o pesquisador deve percorrer outro difícil caminho ao decidir os instrumentos que serão utilizados na coleta e na análise dos dados coletados relativos ao tema selecionado. Os instrumentos devem permitir, principalmente, a sua sistematização, motivo pelo qual tais dados devem ser mensuráveis sob pena de comprometimento da pesquisa.

Com efeito, dentro da pesquisa quantitativa, a coleta consiste na obtenção de informações de condutas e opiniões de um determinado grupo. Sua importância na pesquisa jurisprudencial é evidente, pois possibilita a descrição da opinião de uma “população”, como a dos magistrados.²⁵²

Apesar de sofrer diversas críticas por se preocupar mais em estabelecer previsões do que descrever fenômenos, a análise jurisprudencial não será afetada se houver rigor no processo de coleta e análise dos dados, que pode ser feita por meio de questionários e formulários, de entrevista e do levantamento. Este último é o mais adequado quando se deseja analisar decisões judiciais, já que estas são fontes secundárias e aqueles trabalham com fontes primárias.²⁵³

Existe ainda uma divisão na quantificação aplicada às ciências sociais, onde são separados os objetos analisados em fenômenos matematicamente mensuráveis, como os dados demográficos, e os fenômenos aproximadamente mensuráveis, como a medição de atitudes e

²⁵¹ YEUNG, Luciana. **Além dos “achismos”, do senso comum e das evidências anedóticas: uma análise econômica do judiciário brasileiro**. 2010. 242 f. Tese (Doutorado) – Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2010, pp. 34-39.

²⁵² FREITAS, Henrique; OLIVEIRA, Mírian; SACCOL, Amarolinda Zanela; MOSCAROLA, Jean. O método de pesquisa *survey*. **Revista de Administração**, São Paulo, v. 35, n.3, jul./set. 2000, p. 105.

²⁵³ GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; LARA, Mariana Alves; CORRÊA DA COSTA, Maria Batista Leite. Pesquisa Quantitativa na produção de conhecimento jurídico. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 60, jan./jun., 2012, pp. 299-308.

opiniões. As decisões judiciais entram neste segundo caso que, exatamente por se tratar de uma opinião, não é um elemento neutro, motivo pelo qual se deve levar em conta este elemento para não apartar a própria pesquisa de seu objetivo real.²⁵⁴

A pesquisa quantitativa pode ser extremamente trabalhosa se o universo da população a ser analisada for muito extenso, gerando uma quantidade imensa de dados, podendo o pesquisador lançar mão da amostragem para facilitar seu trabalho sem perder o rigor científico.

A amostra é a unidade da representação do universo selecionado para análise, possuindo, portanto suas características. A representatividade da mostra está relacionada com o corte selecionado do universo analisado. Por sua vez, a probabilidade se refere à possibilidade de veracidade de certa afirmação, relacionando-se diretamente com a amostra, onde determina a frequência da ocorrência ou não de um fato. Representatividade e probabilidade são, portanto, pré-requisitos da mentalização da amostragem,²⁵⁵ sendo a primeira eminentemente matemática.

Por fim, o método estatístico é aplicado na quantificação de dados da realidade social, sua interpretação e análise, além das relações existentes entre esses dados, perfeitamente ajustável aos objetivos de análise das posições judiciais e da estrutura institucional.²⁵⁶ Inclusive, o reducionismo faz parte da metodologia de análise da AED. A estatística confere exatamente o rigor no processo de coleta e análise dos dados, atribuindo verificabilidade às hipóteses levantadas.

Além dos resultados obtidos com a pesquisa quantitativa e com a estatística, eminentemente descritivos e que tratam da preferência das cortes, pode-se aprimorar a análise dos dados para demonstrar o papel dos constrangimentos institucionais internos ou externos no processo de tomada de decisões dos magistrados, como, por exemplo, as características das cortes como organizações ativas em um ambiente institucional, o seu relacionamento com outras organizações do sistema político e o constrangimento provocado por tais fatores institucionais nos valores e atitudes dos juizes. Para tanto, é necessário estabelecer precisamente os níveis de análise que se deseja, sendo esta determinação baseada na utilização das instituições, visão esta advinda do neoinstitucionalismo, na metodologia de

²⁵⁴ DENCKER, Ada de Freitas Manetti; CHUCID DA VIÁ, Sarah. **Pesquisa empírica em ciências humanas (com ênfase em comunicação)**. São Paulo: Futura, 2001, pp. 90-91.

²⁵⁵ PAES DE BARROS, Aidil de Jesus; LEHFELD, Neide Aparecida de Souza. **Projeto de pesquisa: propostas metodológicas**. Petrópolis: Vozes, 1990, 12. ed., pp. 57-58.

²⁵⁶ Importa na redução de fenômenos sociológicos, políticos, econômicos, a termos quantitativos e à manipulação estatística, que permite comprovar as relações dos fenômenos entre si, e obter generalizações sobre sua natureza, ocorrência ou significado. DAVIS, James A. **Levantamento de dados em sociologia – Uma análise estatística elementar**. Rio de Janeiro: Zahar, 1976.

pesquisa, pois se trata da relação entre preferências das cortes, onde o ambiente institucional tem grande relevância, inclusive como variável determinante dos resultados obtidos.²⁵⁷ E não poderia ser diferente sob a ótica neoinstitucional, onde as instituições e a História influenciam sobremaneira as decisões econômicas, considerando-se que ambas afetam os custos de transação de boa parte dos próprios fenômenos econômicos.²⁵⁸

5.2 TÉCNICA DE PESQUISA

Para a realização da análise relativa às decisões judiciais em um método quantitativo, torna-se imperativa a utilização de uma técnica que, para ser efetiva, deve levar em consideração o arcabouço institucional do sistema de Justiça e a preferência dos magistrados e das cortes, pois ambos os fatores justificariam em grande parte a decisão analisada. O último fator, inclusive, é de extrema importância, já que o comportamento dos agentes que fazem parte do sistema é muitas vezes mais determinante para os resultados do que ele mesmo.

Começar-se-á em relação à preferência dos magistrados e das cortes. Antes de desenvolver um modelo heurístico, ou seja, que tenha utilidade para a descoberta científica ao adotar uma hipótese de trabalho provisoriamente, como idéia diretriz na pesquisa dos fatos, é necessário ressaltar que, no presente caso, como os objetos do modelo são as decisões judiciais, devem ser simplificadas as questões envolvidas no processo de modo a tornar as respostas mais objetivas e, portanto, passíveis de mensuração. Escolhe-se um objeto a partir de uma teoria, relacionando-o ao argumento utilizado na decisão que possa ser medido ao menos em frequência, gerando uma variável.

Por exemplo, é pertinente um modelo que diga respeito aos atributos institucionais e à preferência dos magistrados e das cortes, envolvendo o embate teórico entre o ativismo judicial e a autocontenção judicial na supressão de vazios contratuais, bem como a questão relativa ao critério do controle judicial da discricionariedade técnica da Administração.²⁵⁹

²⁵⁷ COSTA JÚNIOR, Álvaro Pereira Sampaio. **Judiciário e política regulatória – um estudo de caso sobre o papel das cortes e dos juízes na regulação do setor de telecomunicações**. 2007. 287 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, Brasília, 2007, p. 41.

²⁵⁸ MACEDO, Bernardo Gouthier. Economia e Direito: um diálogo entre iguais. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua (Coord.). **Agenda Contemporânea - Direito e Economia - 30 Anos de Brasil**. Tomo 1, Série GVLaw, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 219-220.

²⁵⁹ WANG, Daniel Wei Liang et al. Capítulo 7: Revisão judicial dos atos das agências reguladoras: uma análise da jurisprudência brasileira. In: SHAPIRO, Mário Gomes (Coord.). **Direito Econômico Regulatório**. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 274-283.

Deste modo, definem-se as categorias a serem analisadas de acordo com as hipóteses levantadas por meio de sua associação com a revisão da literatura sobre o tema, gerando-se uma variável. No caso acima, o tema seria controle judicial dos contratos. A partir da revisão da literatura realizada sobre o tema, constatou-se que a divergência doutrinária se encontrava entre os autores que se colocavam ao lado do ativismo judicial e aqueles contra. Também se constatou a amplitude do controle judicial dos atos administrativos discricionários. Essas posições a serem adotadas pelo juiz constituem uma categoria cada, que podem ser seguidas por outras, como a manutenção ou revisão do contrato, caso o magistrado opte pela corrente ativista, levando ao estabelecimento de uma variável.

Além das preferências, os conteúdos das decisões também poderão ser destacados a partir dos objetivos a serem alcançados e à luz das referências teóricas adotadas (e não apenas um referencial teórico específico), efetivando-se alguns necessários recortes objetivos e institucionais.

Após a revisão da literatura, portanto, segue o estabelecimento de categorias passíveis de se relacionarem e gerarem uma variável, ponto em que a utilização do método estatístico é fundamental, pois possibilita a criação de uma idéia a respeito das probabilidades de um evento cercado de incertezas. A estatística indica que, a partir de um determinado conjunto de dados obtidos, a frequência do seu aparecimento é X ou Y, mas não todas as implicações do fenômeno observado. Seus procedimentos se dividem em cálculo de probabilidade e estatística descritiva.²⁶⁰

As variáveis nas ciências humanas são definidas em três níveis, o nominal, o real e o operacional. O primeiro é a variável teórica ou termo geral relacionado às características do objeto de estudo, mas não manifesto. No caso acima, seria a “posição judicial”. No segundo nível destacam-se os aspectos identificáveis da variável, como o artigo tal da Constituição Federal que permite ao magistrado adotar uma posição ativista. No último nível, traduz-se a variável teórica em números mensuráveis, chamados de indicadores. Para continuar no exemplo, seria o próprio “ativismo judicial” ou a “mudança contratual”.²⁶¹

A definição das variáveis é indispensável quando se cria uma hipótese. Segundo Ada de Freitas Manetti Dencker e Sarah Chucid da Viá, a hipótese, em último caso, é uma suposição sobre a relação entre as variáveis. Esta relação, por sua vez, pode ser determinística

²⁶⁰ DENCKER, Ada de Freitas Manetti; CHUCID DA VIÁ, Sarah. **Pesquisa empírica em ciências humanas (com ênfase em comunicação)**. São Paulo: Futura, 2001, pp. 97-98.

²⁶¹ DENCKER, Ada de Freitas Manetti; CHUCID DA VIÁ, Sarah. **Pesquisa empírica em ciências humanas (com ênfase em comunicação)**. São Paulo: Futura, 2001, p. 128.

(quando a ocorrência de uma variável determina o aparecimento de outra) ou de probabilidade (quando a ocorrência de uma variável aumenta a probabilidade de ocorrência de outra).²⁶²

Assim, a criação das variáveis em suas diversas classificações tem aspecto central na análise das decisões judiciais após a sua coleta. Não apenas isto é vital, mas o estabelecimento das relações entre elas é importante para a análise dos resultados obtidos, onde o pesquisador fundamentará suas conclusões quanto à afirmação ou não das hipóteses levantadas. Ressalve-se apenas que, conforme afirmado páginas atrás, não é objetivo de uma pesquisa descritiva estabelecer relações de causa e efeito entre variáveis, muito menos em relação às decisões judiciais.

As relações entre estas variáveis tem natureza probabilística. Conforme James A. Davis descreve, a pesquisa empírica deve seguir alguns passos como, amostragem, mensuração, tabulação, cálculos e interpretação, mas, entre essas fases, existe um sem número de alternativas, como o coeficiente que descreve o grau de associação ou correlação entre duas variáveis.²⁶³

Com referência à preferência e comportamento das cortes, Silva e Costa Jr. asseveram que, quanto menor a convicção do juiz quanto à manutenção de certa regra, no caso, o pactuado nos contratos de concessão, maior o custo do seu *enforcement*. Com base nesta idéia, estabeleceram os seguintes atributos: (i) possibilidade e o grau de interferência do Judiciário no contrato de concessão, ou seja, o grau de ativismo; (ii) inclinação do juiz pela possibilidade de alteração do contrato motivado pela necessidade de realização de redistribuição de recursos; (iii) inclinação do juiz a levar em conta aspectos econômicos em sua decisão.²⁶⁴ Para o presente estudo, serão considerados apenas os dois primeiros, com a alteração no segundo em relação à motivação, que será o interesse público ou reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Assentadas estas premissas, duas técnicas devem ser estabelecidas para tratar da preferência dos magistrados e das cortes: uma relativa à escolha das decisões a serem analisadas e outra relativa à análise das decisões mesmas, no caso, acórdãos, pois emanadas de tribunais.

²⁶² DENCKER, Ada de Freitas Manetti; CHUCID DA VIÁ, Sarah. **Pesquisa empírica em ciências humanas (com ênfase em comunicação)**. São Paulo: Futura, 2001, p. 127.

²⁶³ DAVIS, James A. **Levantamento de dados em sociologia – Uma análise estatística elementar**. Rio de Janeiro: Zahar, 1976, p. 14.

²⁶⁴ SILVA, Rafael Silveira; COSTA JÚNIOR, Álvaro Pereira Sampaio. “Como medir o impacto do Judiciário sobre a implementação da política regulatória?” Caderno de Finanças Públicas, **Ci. Inf. Brasília**, n.9, dez. 2009.

A escolha do espaço amostral dos acórdãos, considerando-se as discussões teóricas apontadas em capítulo anterior, levarão em conta os motivos expressos nas Leis n^{os} 8.666/93 e 8.987/95 para rescisão ou alteração unilateral do contrato pela Administração com base no interesse público. Não que não existam outros dispositivos que tratam de prerrogativas da Administração, como a obrigação de fiscalização e seccionamento, mas a questão do interesse público se relaciona diretamente com a modificação contratual. Além disto, conforme já justificado, será pesquisada jurisprudência unicamente referente ao STF, ao STJ e aos TRF's. Também será levado em conta a questão do equilíbrio econômico-financeiro encontrado em diversos dispositivos legais, como o artigo 37, XII, da Constituição Federal na expressão “mantidas as condições efetivas da proposta” e, mais especificamente, nos artigos 9^o, § 2^o, e 10 da Lei n^o 8.987/95 e no artigo 58, § 2^o, da n^o 8.666/93.

Assim, o universo de decisões será obtido a partir da pesquisa nos sites do STJ e do STF no campo de pesquisa jurisprudencial livre a partir do termo “concessão de serviço público”, sem limitação temporal apenas para a realização de tal pesquisa. Foram encontradas 86 decisões em 03.10.2013 no site do STF e 250 acórdãos na data de 27.01.2014 no site do STJ, sem referências em informativos ou decisões monocráticas. Utilizando-se do mesmo parâmetro, foram encontradas 60 decisões em 10.02.2014 no site do TRF1, 59 decisões em 10.02.2014 no site do TRF2, 56 decisões em 06.02.2014 no site do TRF3, 70 decisões em 06.02.2014 no site do TRF4 e 23 decisões em 03.02.2014 no site do TRF5. Ao todo, portanto, foram encontradas 604 decisões.

Com o levantamento destes dados, serão separadas as seguintes variáveis: “interesse público”, “equilíbrio econômico-financeiro” (este incluiria também “desequilíbrio econômico-financeiro” e “reequilíbrio econômico-financeiro”) e “outras razões” constantes na motivação das decisões. Também serão especificados o tipo da ação e os autores e a existência de concessão ou não de liminares. A natureza da ação e as partes darão ensejo à elaboração de categorias que possibilitarão uma análise melhor em relação à previsibilidade. Exemplo: considerando a natureza da ação como uma ação civil pública, bem como as partes envolvidas, poderá se chegar à conclusão de como é encarado o interesse público invocado na decisão diante destes elementos.

Com relação à análise das decisões mesmas, serão estudadas minuciosamente as que apresentam as variáveis definidas anteriormente, mesmo que os dispositivos a elas relacionados não sejam apresentados nas razões da decisão, buscando-se, após, identificar o processo de construção decisório nelas baseado. Para tanto, outras variáveis serão levantadas, como posição “ativista” ou posição de “autocontenção”. Para possibilitar a análise, também

será considerada outra variável: “controle judicial amplo” ou “controle judicial limitado” do ato discricionário da Administração.

Foram excluídas as decisões que não se referem diretamente ao tema estudado, como, por exemplo: (i) as que tratam de questões eminentemente processuais, como a competência de Tribunal ou ente federativo, admissão ou não de recurso extraordinário por ofensa indireta à Constituição ou por tratar exclusivamente de interpretação de cláusulas contratuais (ofensa à Súmula 454 do STF e 7 do STJ); (ii) concessão de serviços públicos em regiões metropolitanas e inconstitucionalidade de lei que delega o poder concedente para o Estado; (iii) questões tributárias, inclusive sobre imunidade recíproca; (iv) questões relativas a servidores públicos ou trabalhadores pleiteando direitos trabalhistas; (v) prestações de serviço iniciadas antes da Constituição Federal de 1988 sem licitação, sem, portanto, a existência do contrato de concessão; (vi) acórdãos publicados antes da entrada em vigor da Lei no 8.666/93; (vii) questões relativas ao direito do consumidor; (viii) questões de natureza penal; (ix) questões relativas às autorizações ou permissões; (x) conflito de competência entre a Justiça do Trabalho e a Justiça Federal; (xi) quando não prevista contratualmente, o condicionamento do término do contrato ao pagamento prévio de eventual indenização, que deve ser pleiteada nas vias ordinárias; (xii) questões específicas sobre licitação, principalmente em relação aos itens de avaliação técnica unicamente para determinar a tarifa; (xiii) questões relativas às tarifas, quando o objeto de discussão é a resolução do órgão regulador que as determina, não a sua previsão contratual especificamente; (xiv) questões relativas ao exercício do poder de polícia.

Após a exclusão destas decisões, restaram 16 acórdãos no STF, 22 acórdãos no STJ, 10 acórdãos no TRF1, 27 acórdãos no TRF2, 4 acórdãos no TRF3, 35 acórdãos no TRF4 e 12 acórdãos no TRF5, totalizando 126 decisões que serão objeto de análise desta dissertação.

A partir desta seleção da jurisprudência, será efetuado um cálculo estatístico simples para estabelecer a pontuação de cada variável em uma escala que variará entre 0 (menor incidência de custos de transação) e 1 (maior incidência de custos de transação), considerando se a relação entre a variável escolhida é diretamente ou inversamente proporcional aos custos de transação. Por exemplo, no que se refere à interferência do Judiciário no contrato de concessão, caso sejam constatados, hipoteticamente, os percentuais de 40% para uma posição de ativismo e de 60% para uma posição de autocontenção, então, o índice que representará esta preferência das cortes será de 0,4, pois reflete a tendência de alteração contratual em um valor médio e de acordo com a porcentagem das decisões analisadas em um índice de custos

diretamente proporcionais à interferência, ou seja, quanto maior o ativismo, mais alto o índice.

A seguinte tabela, que será utilizada para os fins do presente estudo, demonstra os custos de transação relacionados à preferência das cortes:

Quadro 1 – Custos de transação associados à preferência das cortes (CT2)

Indicadores	Escore
1) Interferência do Judiciário no contrato de concessão	
• Ativismo	0
• Autocontenção	1
2) Razão invocada para alteração ou rescisão contratual	
• Interesse público	0
• Equilíbrio econômico-financeiro ou outras razões legalmente previstas	1
3) Controle judicial do ato discricionário da Administração	
• Limitado	0
• Amplo	1

Fonte: SILVA, Rafael Silveira; COSTA JÚNIOR, Álvaro Pereira Sampaio. “Como medir o impacto do Judiciário sobre a implementação da política regulatória?” Caderno de Finanças Públicas, **Ci. Inf. Brasília**, n.9, dez. 2009. Com alterações.

O índice de custos de transação de segunda ordem (CT2) será formado pela soma da pontuação de cada preferência. Assim, o índice obtido variará de 0 a 3, sendo 3 a situação que reflete a maior incidência de custos de transação sobre os contratos de concessão de serviço público, ou seja, o valor 3 refletirá a menor a convicção do juiz quanto à manutenção do pactuado nos contratos de concessão, o que aumenta o custo do seu *enforcement*.

Após o estabelecimento da metodologia em relação à preferência das cortes, em relação à dimensão do arcabouço institucional do sistema de Justiça, o modelo que melhor sintetiza os objetivos propostos foi o adotado por Rafael Silveira e Silva e Álvaro Pereira S. Costa Jr. Os custos oriundos do desenho institucional e que influenciam o processo decisório dos magistrados estão relacionados ao grau de descentralização, ou seja, quanto maior a quantidade de instâncias decisórias, maior a probabilidade de alteração do contrato de concessão. Esta descentralização, a ausência de regras e institutos voltados para o reforço dos precedentes e para o controle das instâncias superiores sobre as inferiores, aumentam os custos de transação.²⁶⁵

²⁶⁵ SILVA, Rafael Silveira; COSTA JÚNIOR, Álvaro Pereira Sampaio. “Como medir o impacto do Judiciário sobre a implementação da política regulatória?” Caderno de Finanças Públicas, **Ci. Inf. Brasília**, n.9, dez. 2009.

Para os referido autores, quando se tratam dos custos de transação ligados ao ambiente institucional, podem ser estabelecidos quatro atributos: (i) quantidade de instâncias decisórias no sistema judicial; (ii) “força” dos mecanismos de reforço de precedentes; (iii) “força” dos controles sobre a atividade jurisdicional das instâncias ordinárias pelas instâncias superiores; (iv) e a existência de prerrogativas institucionais à disposição do controlador da agenda da Corte.

Em relação à quantidade de instâncias decisórias no sistema judicial, que pode ser visualizada pela organização do Poder Judiciário brasileiro essencialmente em relação à quantidade de órgãos com poder de decisão, o impacto sobre os custos de transação é notório, uma vez que quanto mais tomadores de decisão sobre determinado assunto, maior a probabilidade de surgir uma decisão que altere o contrato de concessão substancialmente, ou seja, a relação entre a quantidade de instâncias decisórias e os custos de transação do contrato é diretamente proporcional.

A “força” dos mecanismos de reforço de precedentes também não oferece maior esforço interpretativo, já que funcionam como um sistema de regras interpretativas coercitivas aos tomadores de decisão, gerando maior previsibilidade. Assim, a relação entre os custos de transação e este atributo é inversamente proporcional. Serão considerados como mecanismos o instituto da reclamação voltado para a cassação das decisões contrárias aos entendimentos do STF e do STJ, o trancamento de recursos manifestamente inadmissíveis, improcedentes, prejudicados ou contrários à súmula (artigo 557 do CPC) e a Súmula Impeditiva de Recursos (CPC, art. 518), que seria a inadmissão e não conhecimento de recurso à instância superior caso já existam súmulas de jurisprudência dominante do STF e do STJ contrárias às razões contidas nos recursos.

Quanto à “força” dos controles sobre a atividade das instâncias ordinárias pelas instâncias superiores, deve-se ter em mente a existência de poderes institucionais à disposição das cortes superiores para mitigar diretamente o impacto das decisões das inferiores. Diferentemente do atributo anterior, este atua na ausência daquele. Os exemplos são a suspensão de liminares contra o poder público, recursos ordinários e recursos extraordinários.²⁶⁶ A relação com os custos de transação também é inversamente proporcional.

²⁶⁶ SILVA, Rafael Silveira; COSTA JÚNIOR, Álvaro Pereira Sampaio. “Como medir o impacto do Judiciário sobre a implementação da política regulatória?” Caderno de Finanças Públicas, **Ci. Inf. Brasília**, n.9, dez. 2009.

A existência de prerrogativas institucionais à disposição do controlador da agenda, ou presidente, da Corte segue o mesmo esquema. Quanto maior a possibilidade de centralização da tomada de decisão, menores os custos de transação. Exemplo: o presidente de um tribunal pode trancar recursos manifestamente inadmissíveis, sem que tal questão seja decidida por um colegiado.²⁶⁷

Partindo-se da avaliação destes atributos, utilizar-se-á uma escala que variará entre 0 (menor incidência de custos de transação) e 1 (maior incidência de custos de transação, ou seja, há uma ausência da característica institucional que favoreça a mitigação de custos de transação), conforme proposto por Rafael Silveira e Silva e Álvaro Pereira S. Costa Jr. A seguinte tabela, que será adotada para os efeitos do presente estudo, demonstra os custos de transação relacionados ao desenho institucional do Judiciário:

Quadro 2 – Custos de transação associados ao desenho institucional do Judiciário (CT1)

Indicadores	Escore
1) Pontos Institucionais de Veto	
• Ministros do STF	0
• Ministros do STJ	0,5
• Desembargadores das Cortes Federais	1
2) Mecanismos Institucionais de Reforço dos Precedentes	
• Súmula Vinculante	0
• Súmula Impeditiva de Recursos	0,33
• Outros, exceto as súmulas acima indicadas	0,66
• Não	1
3) Mecanismos institucionais de controle das instâncias superiores sobre as inferiores	
• Mecanismo de suspensão de decisões pela cúpula (STJ ou STF)	0
• Mecanismo de suspensão e reforma de decisões na via recursal extraordinária	0,33
• Mecanismo de suspensão e reforma de decisões na via recursal ordinária	0,66
• Não	1
4) Poderes institucionais para o controlador da agenda no Tribunal (<i>agenda setter</i>)	
• Sim	0
• Não	1

Fonte: SILVA, Rafael Silveira; COSTA JÚNIOR, Álvaro Pereira Sampaio. “Como medir o impacto do Judiciário sobre a implementação da política regulatória?” Caderno de Finanças Públicas, **Ci. Inf. Brasília**, n.9, dez. 2009.

²⁶⁷ SILVA, Rafael Silveira; COSTA JÚNIOR, Álvaro Pereira Sampaio. “Como medir o impacto do Judiciário sobre a implementação da política regulatória?” Caderno de Finanças Públicas, **Ci. Inf. Brasília**, n.9, dez. 2009.

O índice de custos de transação de primeira ordem (CT1) será formado pela soma da pontuação de cada atributo institucional dividido pelo número de características deste atributo. Após, somar-se-ão todas estas médias. Portanto, o índice obtido variará de 0 a 4, sendo 4 a situação que reflete a maior incidência de custos de transação sobre os contratos de concessão de serviço público, ou seja, o valor 4 refletirá o maior número possível de pontos institucionais de veto com a ausência absoluta de qualquer mecanismo de controle das Cortes superiores sobre as inferiores ou qualquer mecanismo de reforço dos precedentes.²⁶⁸

Após o estabelecimento destes atributos quando se trata do ambiente institucional ligado ao contrato de concessão, verificar-se-á de que modo eles influenciam ou não as decisões do magistrado. E isto será feito se comparando o motivo das decisões escolhidas com os atributos citados, ou seja, analisar-se-á se o arranjo institucional é determinante da motivação utilizada pelo magistrado quando decide por alterar ou não cláusulas contratuais.

Por fim, considerando tanto os atributos do ambiente institucional quanto os atributos relativos às preferências judiciais, a análise final será efetuada por meio de um juízo de valoração quanto à capacidade de garantir previsibilidade (outra variável) em relação aos contratos de concessão de serviço público, relacionando-a com custos de transação. A previsibilidade, como dito, refere-se ao saber se há a possibilidade de se ganhar ou perder ações que envolvem alterações ou rescisões contratuais no momento de contratação com a Administração. Assim, será considerado como de “baixa previsibilidade” quando os elementos constantes na motivação da decisão divergirem facilmente do pactuado, como “média previsibilidade” quando os elementos constantes na motivação da decisão divergirem algumas vezes do pactuado e “alta previsibilidade” quando os elementos constantes na motivação da decisão dificilmente divergirem do pactuado.²⁶⁹

Além de toda a pesquisa realizada por meio desta metodologia e técnica, serão utilizados para a análise final também outros estudos que trataram do mesmo tema ou que trataram de temas aproximados, o que pode contribuir para o enriquecimento da conclusão.²⁷⁰

²⁶⁸ SILVA, Rafael Silveira; COSTA JÚNIOR, Álvaro Pereira Sampaio. “Como medir o impacto do Judiciário sobre a implementação da política regulatória?” *Caderno de Finanças Públicas*, **Ci. Inf. Brasília**, n.9, dez. 2009, p. 113.

²⁶⁹ GUEDES, Vinícius Mancini. Interesse público e desenvolvimento: as alterações e rescisões contratuais unilaterais motivadas por interesse público na jurisprudência do STJ. In CORRÊA, André Rodrigues; PINTO JÚNIOR, Mário Engler (Coords.). **Cumprimento de contratos e razão de Estado**. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 210-211.

²⁷⁰ Os principais trabalhos que serviram de norte para a metodologia e técnica da presente dissertação são os desenvolvidos por Álvaro Pereira Costa Júnior, Luciana Yeung e Vinícius Mancini Guedes.

CAPÍTULO 6 ANÁLISE DOS DADOS E RESULTADOS

6.1 CUSTOS DE TRANSAÇÃO LIGADOS AO AMBIENTE INSTITUCIONAL

A primeira dimensão dos custos de transação ora analisados está expressa no desenho institucional relacionado ao grau de descentralização ligado à quantidade de instâncias decisórias e à maior probabilidade de alteração do contrato de concessão ante a ausência de regras e institutos voltados para o reforço dos precedentes e para o controle das instâncias superiores sobre as inferiores.

Dentro do universo de decisões analisadas e por meio da técnica estabelecida, verificou-se, como não poderia deixar de ser, dado o interesse da União que atrai a competência da Justiça Federal, que todas as ações envolviam o Poder Público como parte, seja a Administração direta ou indireta, estadual ou municipal, ou mesmo o Poder legislativo, tanto como demandante, quanto demandado. O Ministério Público participou principalmente das ações civis públicas. Com exceção das ações no STF, os particulares também figuraram em todos os processos, seja como concessionários de serviço público, como associações, como partidos políticos ou mesmo como pessoas físicas. A natureza da maioria das ações ou recursos utilizados foram extremamente amplos: ações diretas de inconstitucionalidade; recursos extraordinários; mandados de segurança; agravos de instrumento e regimentais; recursos especiais; apelações cíveis; ações civis públicas; ações populares; medidas cautelares; embargos infringentes; e ações ordinárias. Isto significa que a natureza da ação ou do recurso não é relevante para demandas envolvendo os contratos de concessão de serviço público.

Após a análise dos dados, pode-se chegar ao seguinte quadro acerca dos custos de transação associados ao desenho institucional do Poder Judiciário (Quadro 3):

Quadro 3 – Custos de transação do contrato de concessão de serviço público associados ao desenho Institucional do Judiciário (CT1)

Indicadores	Escore
1) Pontos Institucionais de Veto	
Ministros do STF, Ministros do STJ e Desembargadores das Cortes Federais.	1

2) Mecanismos institucionais de Reforço dos Precedentes	
Existência de súmula vinculante, súmula impeditiva de recursos e de outras regras de trancamento de recursos manifestamente inadmissíveis quando em confronto com jurisprudência do STJ e do STF.	0,33
3) Mecanismos institucionais de controle das instâncias superiores sobre as inferiores	
Existência de mecanismo de suspensão de decisões pelo STJ ou STF (possibilidade de acionar o instituto da dupla suspensão), mecanismo de suspensão de decisões na via recursal extraordinária e mecanismo de suspensão de decisões na via recursal ordinária.	0
4) Poderes institucionais para o controlador da agenda no Tribunal (<i>agenda setter</i>)	
Existência de prerrogativas institucionais para o controlador da agenda: suspensão da liminar e trancamento de recursos.	0
Custos associados ao ambiente institucional (CT1)	1,33

Fonte: elaboração própria

Os pontos institucionais de veto, ou seja, a quantidade de órgãos com poder de decisão sobre as demandas acerca dos contratos de concessão de serviço público, são compostos por todos os ministros do STF, do STJ e pelos Desembargadores dos Tribunais Regionais Federais (TRF's). Como existe a possibilidade de atuação destes membros no processo, percebe-se que há uma grande quantidade de instâncias decisórias que diminuem a previsibilidade da resposta que será dada aos demandantes, o que impacta negativamente os custos de transação, motivo pelo qual deve ser considerado o valor máximo proposto. O fato de existirem ações originárias em cada órgão, no qual estas instâncias decisórias seriam diminuídas, não impacta a alta pulverização dos centros decisórios.

Em relação aos mecanismos institucionais de reforço dos precedentes, existem regras de trancamento de recursos manifestamente inadmissíveis quando em confronto com jurisprudência de Tribunal Superior em relação aos TRF's, regras de trancamento de recursos manifestamente inadmissíveis quando em confronto com jurisprudência do STJ em relação ao próprio órgão, súmula impeditiva de recursos e a reclamação. Conquanto as primeiras sejam constantemente usadas por todas as cortes, apenas uma única reclamação (no STJ) foi encontrada dentro das decisões analisadas. Apesar da existência destes mecanismos, não há súmulas vinculantes que tratam especificamente da alteração das cláusulas dos contratos de concessão, em que pese existam diversas súmulas comuns em relação ao tema. Assim, o valor de 0,33 indica a alta, mas não total, possibilidade dos magistrados seguirem precedentes tanto das próprias cortes em que atuam quanto dos tribunais superiores.

Quanto aos mecanismos institucionais de controle das instâncias superiores sobre as inferiores, em relação aos TRF's, existe a possibilidade de cassação da liminar das instâncias inferiores por meio do mecanismo de suspensão de liminares, que pode ser acionado em ações movidas contra o Poder Público ou contra seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, e permite ao Presidente do Tribunal de imediata hierarquia superior cassar decisões das instâncias inferiores em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública. Também existe a possibilidade da dupla suspensão de liminares, onde a pessoa de Direito Público pode recorrer ao STJ e ao STF em uma nova tentativa de suspender os efeitos de liminares concedidas, mantidas ou restabelecidas nos tribunais.²⁷¹ No STF e no STJ, o sistema de suspensão das liminares contra o Poder Público também entrou em vigor há tempo. Assim, como as demandas envolvendo os contratos de concessão de serviço público, na esfera federal, necessariamente incluem o Poder Público, a suspensão de liminares centraliza o controle efetuado pelas instâncias superiores, permitindo alta previsibilidade e custos de transação quase nulos.

Dentro das decisões selecionadas para análise, 9% no STF, 4% no STJ e 1% nos TRF's trataram da suspensão de liminares, indicando pouca utilização deste instituto quando o assunto é exclusivamente a alteração de cláusulas dos contratos de concessão de serviço público, o que de nenhuma forma retira sua importância em relação à previsibilidade devido ao seu uso em potencial. Por outro lado, os mecanismos de suspensão ou reforma de decisões na via recursal extraordinária (recursos extraordinário e especial, agravos de instrumento a eles relativos e agravos regimentais) e na via recursal ordinária (recursos ordinários, recursos ordinários em mandado de segurança, apelações, reexames necessários e agravos de instrumento a eles relativos e agravos regimentais) foram utilizados em todas as decisões, com exceção do STF, em que o percentual foi de 50%, principalmente devido às ações diretas de inconstitucionalidade.

Por fim, existem prerrogativas institucionais à disposição do controlador da agenda ou presidente da Corte. O presidente de um tribunal, regional ou superior, pode trancar recursos manifestamente inadmissíveis ou suspender liminares, sem que tal questão seja decidida por um colegiado, razão pela qual também há alta previsibilidade, anulando os custos de transação.

²⁷¹ SILVA, Rafael Silveira; COSTA JÚNIOR, Álvaro Pereira Sampaio. "Como medir o impacto do Judiciário sobre a implementação da política regulatória?" Caderno de Finanças Públicas, **Ci. Inf. Brasília**, n.9, dez. 2009, pp. 124-125.

Antes da análise das preferências das cortes, não é possível verificar de que modo os custos ligados ao ambiente institucional influenciam ou não as decisões do magistrado, já que não há ainda o parâmetro de comparação exposto na motivação das decisões escolhidas.

Considerando-se todas as análises destes atributos, o índice atrelado aos custos associados ao ambiente institucional (CT1) chegou ao valor de 1,33. Em uma escala que varia de 0 a 4, este índice indica baixa incidência, mas não extremamente baixa, de custos de transação sobre os contratos de concessão de serviço público no tocante ao arranjo institucional. A existência de um grande número possível de pontos institucionais de veto é a maior responsável pela composição deste valor. Em contraposição, os inúmeros mecanismos de controle das cortes superiores sobre as inferiores e os mecanismos de reforço dos precedentes fazem com que o índice não seja elevado. Uma eventual pesquisa jurisprudencial que incluísse os juízes de primeira instância, talvez poderia elevar este valor, principalmente por envolver uma maior quantidade de pontos institucionais de veto e pela ausência de órgão decisório coletivo.²⁷²

6.2 CUSTOS DE TRANSAÇÃO LIGADOS À PREFERÊNCIA E AO COMPORTAMENTO DAS CORTES

A segunda dimensão dos custos de transação analisados está expressa na preferência e no comportamento das cortes, ou seja, trata-se da menor ou maior convicção do juiz quanto à manutenção do pactuado nos contratos de concessão, quando ele é instado a se manifestar sobre o tema. A idéia destes custos, portanto, relaciona-se ao *enforcement* do contrato de concessão.

O universo de decisões analisadas foi o mesmo dos custos de transação associados ao desenho institucional do Judiciário (CT1). Após a análise dos dados, pode-se chegar ao seguinte quadro acerca dos custos de transação associados à preferência e ao comportamento das cortes (Quadro 4):

²⁷² SILVA, Rafael Silveira; COSTA JÚNIOR, Álvaro Pereira Sampaio. “Como medir o impacto do Judiciário sobre a implementação da política regulatória?” Caderno de Finanças Públicas, **Ci. Inf. Brasília**, n.9, dez. 2009, p. 121.

Quadro 4 – Custos de transação do contrato de concessão de serviço público associados à preferência e ao comportamento das cortes (CT2)

Indicadores	Escore
1) Interferência do Judiciário no contrato de concessão	
<ul style="list-style-type: none"> • A maioria dos órgãos colegiados optou por não alterar, rescindir ou anular o contrato de concessão. 	0,42
2) Razão invocada na decisão	
<ul style="list-style-type: none"> • A maioria dos órgãos colegiados utilizou o equilíbrio econômico-financeiro ou outros motivos nas razões de suas decisões, sendo o interesse público muito pouco citado no que tange à alteração ou manutenção das cláusulas contratuais. 	0,08
3) Controle judicial do ato discricionário da Administração	
<ul style="list-style-type: none"> • A maioria dos órgãos colegiados respeitou a discricionariedade afeta ao ato administrativo relacionado à alteração ou manutenção das cláusulas contratuais. 	0,07
Custos associados à preferência e ao comportamento das cortes (CT2)	0,57

Fonte: elaboração própria

6.2.1 Possibilidade e o grau de interferência do Judiciário no contrato de concessão

O primeiro indicador está ligado à possibilidade e o grau de interferência do Judiciário no contrato de concessão é expresso pela posição que o juiz adota quando analisa o pedido de mudança do contrato de concessão em uma demanda judicial. As duas posições que devem ser levadas em consideração são a ativista ou de autocontenção. Analisando-se certos elementos constantes nas decisões, pode-se definir se o juiz adotou uma posição ativista, quando maior é a vontade do juiz para substituir a vontade das partes do contrato, tendo em vista a possibilidade de alteração, ou uma posição de autocontenção em razão da observância da força vinculante das convenções firmadas entre as partes. Como existem na doutrina divergências e falta de clareza nas definições, que podem dificultar o estabelecimento de posições adotadas pelo magistrado em suas decisões, considerou-se, simplificada, como posição ativista, quando o magistrado julgou procedente a demanda sobre a alteração das cláusulas pactuadas, alterando ou rescindindo o contrato, e como posição de autocontenção quando ocorreu o contrário.

No STF, a Súmula 454 impediu que fossem analisadas as alterações das cláusulas contratuais em todos os casos escolhidos, sendo que o tribunal sempre seguiu a orientação nela contida, inclusive no universo total das decisões pesquisadas. A razão para a exclusão destas decisões é simples: como se pretende verificar a posição do magistrado quando instado

a analisar demandas que envolvam a alteração ou rescisão contratual, a Súmula 454 impede que esta demanda sequer possa ser analisada pelo Ministro. Entretanto, apesar de serem excluídas todas as decisões da pesquisa baseadas diretamente nesta súmula, foram incluídas as que de alguma forma mencionavam a posição do STF quanto a alteração ou rescisão do contrato. O mesmo foi feito com as decisões excluídas que tratam da admissão ou não de recurso extraordinário por ofensa indireta à Constituição. Assim, serão consideradas como ativistas as decisões que alteraram ou anularam os contratos de concessão, mesmo que apenas mantendo a decisão da instância anterior neste sentido. Em 62,5% (10 decisões) dos casos analisados, o STF decidiu pela alteração, rescisão ou anulação contratual e manteve o contrato nos outros 37,5% (6 decisões).

Quando manteve a anulação, a principal razão invocada foi a ilegalidade do ato da Administração que prorrogou a concessão de serviço público sem a realização de licitação pública ou mesmo sua omissão e a consequente solicitação pela concessionária de prorrogação do contrato, o que contraria os artigos 37 e 175 da Constituição Federal. Em algumas delas, nem a invocação do interesse público por instância inferior para a manutenção da concessão permitiu que o particular obtivesse o reconhecimento do direito de exploração de serviço público sem a observância do procedimento de licitação.

Em 33,3% dos casos em que o contrato foi mantido, a razão invocada está ligada às ações diretas de inconstitucionalidade, nas quais foi rechaçada a possibilidade de invasão da esfera de competência de um determinado ente federativo nas relações entre o poder concedente de outro ente e a empresa concessionária, assegurando-se a inalterabilidade por lei das condições previstas no contrato de concessão de serviço público, o que ofenderia os artigos relativos à competência dos entes federativos e o artigo 175, parágrafo único, da Constituição Federal. A decisão na ação direta de inconstitucionalidade nº 2.340, originária de Santa Catarina, é emblemática do caso:

- I - Os Estados-membros não podem interferir na esfera das relações jurídico-contratuais estabelecidas entre o poder concedente local e a empresa concessionária, ainda que esta esteja sob o controle acionário daquele.
- II - Impossibilidade de alteração, por lei estadual, das condições que se acham formalmente estipuladas em contrato de concessão de distribuição de água.
- III - Ofensa aos arts. 30, I, e 175, parágrafo único, da Constituição Federal.
- IV - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente

No STJ, também a Súmula 7 impediu que fossem analisadas as alterações das cláusulas contratuais em todos os casos escolhidos, sendo que o tribunal sempre seguiu a orientação nela contida, inclusive no universo total das decisões pesquisadas. Os mesmos

motivos e razões colocados anteriormente em relação a este fato no STF aqui são aplicáveis. Também neste caso, serão consideradas como ativistas as decisões que alteraram ou anularam os contratos de concessão, mesmo que apenas mantendo a decisão da instância anterior neste sentido. Em 27% (6 decisões) dos casos analisados, o STJ confirmou a alteração, rescisão ou anulação contratual e manteve o contrato nos outros 73% (16 decisões).

Da mesma maneira que no STF, a principal razão invocada pelo STJ para a alteração, rescisão ou anulação contratual foi a ilegalidade do ato da Administração que prorrogou a concessão de serviço público sem a realização de licitação pública (50% das decisões). Interessante notar que mesmo a não prorrogação contratual, ou seja, a manutenção do pactuado quanto à extinção do contrato, apesar da solicitação do concessionário baseada no fato de que não obteve total indenização dos prejuízos com a prestação do serviço, foi calcada também no fato de inexistir prévio procedimento licitatório (3 decisões ou 14% do total nesta corte).

As decisões dos Tribunais Regionais Federais foram em sua maioria oriundas de apelações cíveis ou reexames necessários em ações ordinárias (33%) e de agravos de instrumento ou regimentais advindos também destas ações (19%). Neste caso, não foram encontradas súmulas que impedissem a análise das cláusulas contratuais, o que favorece a análise da postura do órgão colegiado como ativista ou não. O raciocínio utilizado foi o acima apontado: existindo um contrato de concessão objeto da demanda, considerou-se como ativista a decisão do tribunal que manteve sua alteração, rescisão ou anulação, independentemente de julgado procedente ou improcedente o recurso. Com esta técnica, verificou-se que 58% das decisões analisadas (51) não alteraram ou anularam o contrato, enquanto que 42% (37) o fizeram.

Seguindo a mesma orientação dos tribunais superiores, os tribunais federais foram quase peremptórios em afirmar que a ausência de licitação legitimaria o ato administrativo que rescindiu o contrato de concessão ou não daria direito ao concessionário do serviço público em pedir sua prorrogação (20% do total). Relevante notar que estas ações dizem respeito ao transporte interestadual de passageiros. Também é importante ressaltar que, nesta instância, o que se mostra mais importante para o presente estudo, são as decisões que diretamente se referem às cláusulas pactuadas inicialmente no contrato, que quase sempre são preservadas (18% do total de decisões).

Partindo-se do total das decisões analisadas, em 42% (53 decisões) dos casos os órgãos colegiados adotaram uma posição ativista. Como ressaltado anteriormente, esta posição ativista é diretamente proporcional aos custos de transação. Assim, o índice de 0,42

reflete a possibilidade e o grau de interferência do Judiciário no contrato de concessão, apesar de verificado que a posição majoritária é pela autocontenção. Por meio deste índice, chega-se à conclusão de que, apesar de existirem princípios e regras que permitem ao magistrado alterar o contrato de concessão, isto não ocorre na maioria dos casos, ou seja, havendo uma demanda que busque a alteração ou rescisão contratual, os magistrados são conservadores no que se refere à manutenção das cláusulas pactuadas.

6.2.2 Razão invocada na decisão

As razões invocadas pelo magistrado tanto para a alteração, rescisão ou anulação contratual, quanto para a manutenção do pactuado, expressas pelo interesse público, pela manutenção do equilíbrio econômico-financeiro ou por outros motivos, denotam a maior ou menor incidência dos custos de transação. No caso da adoção do interesse público, dada a amplitude e indefinição deste conceito, a previsibilidade para os contratantes é extremamente baixa e, conseqüentemente, os custos são altos. Adotando-se como razão para a modificação do contrato a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro ou outras razões facilmente previstas legalmente, ao contrário, o magistrado favorece a diminuição dos custos, uma vez que este é o comportamento esperado pelas partes quando da celebração do contrato. Portanto, verificar-se-á a porcentagem de cada razão invocada e, com base nela, será determinado o índice referente a este indicador.

Nas decisões do STF, as razões invocadas seguiram as seguintes proporções: 12,5% interesse público, 6,3% manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e 81,2% outras razões. Quando invocou o interesse público diretamente ou por meio de outras expressões, o tribunal o fez para afirmar a necessidade de definir maiores contornos à expressão, vedando o seu uso “genérico”. Dentre as outras razões, a que mais foi ressaltada está ligada à necessidade de licitação para a validade do contrato de concessão, especialmente quando houve prorrogação por parte do Poder Público (50%). A base legal para estas razões está essencialmente nos artigos 37 e 175, *caput*, da Constituição Federal, ou seja, apesar de existirem dispositivos na Lei nº 8.987/95 e na Lei nº 8.666/93 para a alteração contratual pelo poder Público, o STF quase nunca os invoca em suas justificativas.

No STJ, as razões invocadas foram as seguintes: 18,2% interesse público, 18,2% manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e 63,6% outras razões. Nesta corte, percebe-

se que houve um aumento das duas primeiras razões. O interesse público foi especialmente mencionado quando o STJ decidiu ser este motivo mais importante, apesar de não defini-lo exatamente, do que vícios sanáveis existentes no contrato de concessão, dada a essencialidade da continuidade do serviço público. A rescisão de contratos administrativos em geral motivada pelo interesse público também é assunto recorrente no STJ. Embora o presente estudo trate apenas de um único tipo de contrato, é relevante notar como aspectos semelhantes de outros tipos contratuais são tratados. A tendência do tribunal é conceder o pedido de indenização por lucros cessantes quando rescindido o contrato por interesse público, ou seja, sem culpa do particular.²⁷³

Quanto ao equilíbrio econômico-financeiro, o tribunal entende na maioria das vezes que ele não é afetado em face dos investimentos realizados pela empresa concessionária, porquanto o ajuste de tal equilíbrio se faz em caráter excepcional por meio dos preços pactuados e não pela ampliação do prazo contratual sem licitação, sendo a prorrogação indefinida do contrato forma de subversão às determinações legais e constitucionais que versam sobre o regime de concessão e permissão para exploração de serviços públicos. Todavia, em relevante trabalho sobre o assunto, Vinícius Mancini Guedes assevera que o princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo no geral, não especificamente do contrato de concessão, é muito citado no STJ, que reafirma muito sua importância e relevância, especialmente quando utilizado para limitação da discricionariedade sobre as alterações contratuais levadas a cabo pelo Poder Público.²⁷⁴

Em relação às outras razões invocadas, novamente a ausência de licitação foi o norte, especialmente quanto à prorrogação contratual. Entretanto, a possibilidade de utilização dos bens reversíveis pelo Poder Público, mesmo sem indenização, após o término contratual, apesar de não estar previsto em qualquer cláusula, também foi constantemente mencionada. A base legal para estas razões está em diversos dispositivos legais ligados ao setor específico da concessão. Mesmo mencionando algumas vezes a Lei nº 8.987/95 e a Lei nº 8.666/93, estes diplomas legais não foram colocados como principais nas razões das decisões.

Em relação aos Tribunais Regionais Federais, encontramos a seguinte porcentagem nas decisões: 4,5% interesse público, 27% manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e

²⁷³ GUEDES, Vinícius Mancini. Interesse público e desenvolvimento: as alterações e rescisões contratuais unilaterais motivadas por interesse público na jurisprudência do STJ. In CORRÊA, André Rodrigues; PINTO JÚNIOR, Mário Engler (Coords.). **Cumprimento de contratos e razão de Estado**. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 191.

²⁷⁴ GUEDES, Vinícius Mancini. Interesse público e desenvolvimento: as alterações e rescisões contratuais unilaterais motivadas por interesse público na jurisprudência do STJ. In CORRÊA, André Rodrigues; PINTO JÚNIOR, Mário Engler (Coords.). **Cumprimento de contratos e razão de Estado**. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 183-190.

68,5% outras razões previstas exatamente como prescreve a legislação em vigor. Em relação ao interesse público, dada a baixa utilização pelos tribunais, não serão tecidos maiores comentários, apenas ressaltando que, em algumas decisões, os tribunais reconheceram ser faculdade da Administração a rescisão unilateral do contrato, desde que o administrador motive o ato e faculte a manifestação do contratado, além de caracterizar o interesse público a que visa atender. Quanto ao equilíbrio econômico-financeiro, as principais razões utilizadas pelas cortes federais dizem respeito à afetação da tarifa, quando o modo de cálculo desta é supostamente diverso do pactuado, como, por exemplo, na tarifação de pedágio quanto à incidência sobre eixo suspenso, não previsto contratualmente, nas concessões de rodovia. Os tribunais foram enfáticos em afirmar que a tarifa compõe a equação econômico-financeira do contrato administrativo e, portanto, deve ser preservada, dada a proteção do concessionário pela Constituição Federal e a impossibilidade do Poder Público, unilateralmente, alterar as cláusulas econômicas do contrato de concessão do serviço público sem compensá-lo. Também foi ressaltada a não afetação do equilíbrio devido à extinção do contrato ao final do prazo estipulado, pois eventual prejuízo suportado pela concessionária deve se resolver em perdas e danos. Em alguns casos, também foi afirmado não ser de interesse da coletividade a suspensão do serviço por falta de pagamento, não afetando a equação econômica-financeira contratual.

No que se refere à maioria das razões invocadas, o mote foi novamente a necessidade de licitação, principalmente quanto ao transporte rodoviário interestadual de passageiros. O descabimento da prorrogação do contrato para fins de indenização, bem como a exigência de remuneração para o uso do bem público foram também muito mencionadas. A base legal para estas razões, como nos casos anteriores, está na Constituição Federal e em outras leis, não apenas na Lei nº 8.987/95 e na Lei nº 8.666/93, mesmo que estas sejam mencionadas em inúmeros casos.

Após o esclarecimento destas razões, cabe ressaltar que os atributos relacionados ao ambiente institucional ligado ao contrato de concessão não foram determinantes da motivação utilizada pelo magistrado quando ele decide por alterar ou não cláusulas contratuais, ou seja, a quantidade de instâncias decisórias no sistema judicial, a “força” dos mecanismos de reforço de precedentes e dos controles sobre a atividade jurisdicional das instâncias ordinárias pelas instâncias superiores, bem como a existência de prerrogativas institucionais à disposição do controlador da agenda da corte, não foram levadas em consideração. Entretanto, deve ser feita uma ressalva. Inúmeras decisões encontradas quando da triagem inicial invocaram a existência de súmulas, internas ou de órgãos superiores, para não apreciar os pedidos dos

demandantes, principalmente as Súmulas 454 do STF e 7 do STJ, o que indicaria a forte presença de um mecanismo institucional nas motivações. Estas decisões, todavia, foram excluídas da análise exatamente por não dizerem respeito à apreciação das cláusulas do contrato de concessão.

Analisando-se o total das decisões, os órgãos colegiados utilizaram como razão para motivação 8% o interesse público, 23% a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e 69% em outras razões previstas estritamente na legislação vigente. Portanto, em 92% das decisões os tribunais se ativeram ao previsto na legislação ou no pactuado entre as partes, sendo o interesse público pouco invocado. Como este último é diretamente proporcional aos custos de transação, o índice de 0,08 indica baixa incidência, já que os magistrados raramente utilizam nas razões de suas decisões algum motivo não previsto estritamente em regras ou contratualmente. Não que o interesse público careça de previsão legal, mas, devido à amplitude do conceito, a alta possibilidade de preenchimento do seu conteúdo leva à imprevisibilidade, diferentemente das outras razões. Por meio do índice alcançado, conclui-se que, apesar de existirem inúmeros princípios e regras que permitem ao magistrado fundamentar suas decisões no interesse público em relação ao contrato de concessão, isto não ocorre de fato, sendo que a preferência é no sentido de utilizar regras legais diversas, relacionadas com o setor no qual o contrato está inserido e, portanto, previsíveis, ou manter o equilíbrio econômico-financeiro. Este último, inclusive, foi considerado como limitador da discricionariedade administrativa no que tange à alteração ou rescisão contratual. As outras razões invocadas indicam também duas tendências dos tribunais: garantir sempre a licitação prévia da concessão, tratando igualmente as partes com as mesmas posições e; o respeito às regras expressas da legislação setorial.

6.2.3 Controle judicial do ato discricionário da Administração

O conceito do controle judicial do ato discricionário da Administração que altera ou rescinde o contrato tem uma grande amplitude, o que torna muito difícil definir casos em que o Poder Judiciário não possui competência para analisar o ato administrativo. Assim, como a extensão deste enorme controle conferido ao Judiciário pode resultar em anulação ou invalidação do ato administrativo pelos mais variados motivos evocados pelo magistrado, os custos de transação são potencialmente altos. Para efeitos de elaboração deste índice, será

considerado se houve referência ao respeito pela discricionariedade administrativa ou, seja, nem todas as decisões selecionadas configurarão neste item. A partir disto, será verificado se houve o controle judicial da discricionariedade ou se o tribunal se ateve apenas aos aspectos formais do ato. Durante a explicação do valor encontrado, também será ressaltado se houve qualquer menção à discricionariedade técnica nas decisões analisadas.

Dentre as 126 decisões objeto do presente estudo, apenas 27 ou 21,5% delas trataram diretamente da discricionariedade administrativa. Nestas 27 decisões, 7,4% consideraram ser amplo o controle judicial da discricionariedade, sendo que a maioria dos magistrados (92,6%) declarou que a concessão de serviço público e os assuntos técnicos a ela correlatos são atos exclusivamente administrativos, nos quais o Poder Judiciário não poderia se substituir à Administração Pública.

No STF nenhuma decisão mencionou o assunto da discricionariedade. No STJ apenas uma única decisão afirmou que, ao adentrar no mérito das normas e procedimentos regulatórios que inspiraram a configuração das cláusulas contratuais, estaria o Poder Judiciário invadindo seara alheia na qual não deve se imiscuir.

Nas cortes federais a maioria das decisões que consideram limitado o controle judicial dos atos discricionários foi no sentido de ser defeso ao Poder Judiciário substituir-se à Administração para autorizar, conceder ou permitir a exploração de serviço, principalmente o de transporte. Existiram decisões que afirmaram serem questões técnicas do contrato, objeto da licitação, competência exclusiva da Administração, inserta no âmbito da discricionariedade, oportunidade e conveniência. Nas duas únicas decisões que optaram pelo amplo controle judicial, a corte afirmou em uma não existir dispositivo legal vedando ao Poder Judiciário apreciar a inconstitucionalidade ou ilegalidade de cláusula contratual em negócio jurídico firmado pelo Poder Público. Em outra, afirmou que, havendo omissão por parte da autoridade administrativa mesmo quando preenchidas todas as condições objetivas, esta pode ser suprida pelo Judiciário, o que não ofenderia qualquer princípio, tendo em vista que cabe ao Judiciário conhecer sobre qualquer lesão ou ameaça a direito, como expresso no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, não havendo limitação para o conhecimento da matéria submetida, desde que presente uma ilegalidade.

Nenhuma decisão fez referência diretamente à discricionariedade técnica, mas os aspectos técnicos contratuais foram considerados como discricionários e não passíveis de interferência do Judiciário em 14,8% das decisões.

Como em apenas 7,6% das decisões os tribunais consideraram ser amplo o controle judicial da discricionariedade, sendo esta posição diretamente proporcional aos custos de

transação, o índice de 0,07 indica baixa incidência, já que os magistrados dificilmente modificam estes atos considerados discricionários. Por meio do índice alcançado, conclui-se que, apesar de existirem inúmeros princípios e regras que permitem ao magistrado realizar o controle judicial do ato discricionário, isto não ocorre de fato.

6.3 JUÍZO DE VALORAÇÃO QUANTO À PREVISIBILIDADE DA JURISPRUDÊNCIA ACERCA DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Para responder à questão de como e em que medida as decisões judiciais sobre os contratos de concessão de serviço público afetam seus custos, uma diagnose final do sistema jurídico neles centrado passa pelos atributos do ambiente institucional e pelos atributos relativos às preferências judiciais ao mesmo tempo, ou seja, deve-se somar a quantidade de custos destes atributos e inserir o valor obtido em uma escala. Esta escala será efetuada por meio de um juízo de valoração quanto à capacidade de se garantir previsibilidade em relação aos contratos de concessão de serviço público, relacionando diretamente esta previsibilidade e os custos de transação. Como os custos de transação ligados ao arranjo institucional variam de 0 a 4 e os custos de transação associados à preferência das cortes variam de 0 a 3, a diagnose em relação à previsibilidade variará de 0 a 7.

A previsibilidade se refere ao saber se há a possibilidade de ganhar ou perder ações que envolvem alterações ou rescisões contratuais no momento de contratação com a Administração. Melhor explicando, há maior previsibilidade se as razões invocadas na decisão que analisou o contrato de concessão poderiam ser facilmente previstas, seja por seguirem a legislação, seja devido a algum mecanismo institucional. Portanto, será considerado como de “baixa previsibilidade” um sistema jurídico onde a soma dos custos de transação de ambos os elementos foi a maior possível, dentro da escala citada, dado que previsibilidade e custos de transação são variáveis indiretamente proporcionais. No caso, a “baixa previsibilidade” variará em uma escala de custos de transação entre 4,67 e 7, a “média previsibilidade” entre 2,34 e 4,66 e a “alta previsibilidade” entre 0 e 2,33.

Somando-se os custos encontrados nos atributos do ambiente institucional (CT1) e nos atributos relativos às preferências judiciais (CT2), chega-se ao valor de 1,9, o que, na escala proposta, demonstra um sistema jurídico com “alta previsibilidade” quando o assunto é exclusivamente alteração, rescisão ou nulidade do contrato de concessão de serviço público.

Isto se deve principalmente a três fatores, a saber: a utilização da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro ou outros motivos inseridos estritamente na legislação setorial nas razões invocadas nas decisões dos magistrados, o que garante sobremaneira a preservação das cláusulas contratuais na forma como pactuadas inicialmente; a forte existência de mecanismos institucionais de reforço dos precedentes e de controle das instâncias superiores sobre as inferiores e; a existência de poderes institucionais para o controlador da agenda no Tribunal (*agenda setter*), como a suspensão da liminar e o trancamento de recursos.

Verificado ser o sistema de “alta previsibilidade”, pode-se também concluir que as decisões judiciais sobre os contratos de concessão de serviço público pouco afetam seus custos de transação, sendo que, devido ao ambiente institucional e à preferência dos juízes, confirma-se uma tendência de que o contrato de concessão seja mantido conforme pactuado. Em outras palavras, pode-se também afirmar que, apesar de existirem prerrogativas da Administração pública para rescindir ou alterar o contrato de concessão, o risco de que isto ocorra para o particular é baixo, dado que o Poder Judiciário tenderá a manter as cláusulas iniciais do contrato.

CONCLUSÕES

Como um dos fins almejados pelo Estado moderno, a busca pelo desenvolvimento é constantemente alvo das preocupações dos estudiosos do Direito, o que gera muitas questões e proposições dada a amplitude de acepções do tema. Isto, entretanto, não pode servir de empecilho para evitar a abordagem, dada sua importância no contexto da atuação estatal. A visão abordada pela NEI sob uma ótica jurídica indica que o desenvolvimento pode ser alcançado com o aprimoramento das instituições de uma determinada sociedade, onde o Direito desempenha importante papel como indutor neste arranjo institucional. Apesar das críticas, esta proposição não deve ser rejeitada, mas adaptada para cada sociedade de modo a incluir aspectos que vão além do plano econômico, como uma maior influência da atuação estatal, independentemente de uma posição mais ou menos intervencionista, e os diversos modelos de Direito que possam promover o desenvolvimento, o que permite realizar uma análise mais ampla do que a estritamente jurídica.

A Constituição Federal brasileira atribuiu força normativa à idéia de desenvolvimento em vários de seus dispositivos. Por meio de uma interpretação sistemática, pode-se chegar à conclusão de que a efetivação dos serviços públicos é um imperativo para o seu alcance, já que está ligada à garantia de concretização dos direitos fundamentais. Neste contexto, o contrato administrativo desempenha importante função por ser um instrumento deveras utilizado na atividade administrativa e por possuir uma grande mutabilidade em seu objeto relativo ao modo de ser do serviço público. Historicamente mais utilizado para a transferência da prestação de serviço público por longo prazo e por ser extremamente maleável em sua confecção, o contrato de concessão de serviço público se destaca em meio aos outros contratos administrativos, já que seus objetos estão ligados à prestação de serviços principalmente relativos à infraestrutura econômica e aos fins determinados por políticas públicas.

Para verificar o modo de interação entre as instituições ligadas a tais contratos e, portanto, o meio pelo qual eles afetam o desenvolvimento, a análise da relação entre Economia e Direito é fundamental. Ela ocorre porque os fatos econômicos dependem diretamente das instituições, tais como a junção do conjunto de regras que as regem - leis e contratos - e do sistema que as garantem - Poder Judiciário. O Direito, portanto, é intrinsecamente e inexoravelmente ligado à Economia, pois, além de afetar a política

econômica, determina os direitos de propriedade, o direito contratual e sua garantia pelo Poder Judiciário, influenciando diretamente no desenvolvimento.

A intersecção entre as ciências jurídica e econômica ocorre por meio da voluntariedade das ações humanas constrangidas, ora pelos deveres jurídicos, ora pelas necessidades materiais, sendo que a diferenciação está no método: a Economia com formalização, matemática e base em um modelo teórico da ação, buscando uma decisão, e o Direito se concentrando em uma teoria descritiva da norma, na análise dos constrangimentos da ação via sanção. Apesar dos conflitos entre as duas ciências, diversos estudos desenvolvidos na década de 90 demonstraram empiricamente a importância das instituições na organização da atividade econômica, principalmente da lei, do contrato e do sistema judicial. Pela perspectiva da NEI, o melhor funcionamento do mercado pela diminuição dos custos de transação passa pelas instituições que promovem comportamentos por meio de regras e de acordo com seu ambiente de aplicação. O Direito, portanto, está associado à Economia na medida em que não existem fatos econômicos não influenciados pelas instituições criadas e asseguradas por ele. Este é o diálogo contemporâneo quando se trata da relação entre Direito e Economia e que resultou no que se denomina Análise Econômica do Direito (AED).

A contribuição da Economia para o Direito na contemporaneidade estaria, assim, em fornecer critérios de avaliação de institutos jurídicos, principalmente quando o critério for o da eficiência. Além disto, devido à capacidade da Economia em quantificar os processos e atividades humanas, esta ciência pode fornecer ao Direito os elementos de fato sobre os quais seriam exercidas as atividades de qualificação ou imputação de sentido à norma. Considerando-se isto, a AED positiva pode ser considerada adequada quando se quer verificar a interação entre as instituições, principalmente em relação as decisões judiciais acerca dos contratos de concessão de serviço público e como elas afetam os seus custos de transação. Este enfoque dado pela AED permite inserir a avaliação do contrato de concessão de serviço público como instrumento do desenvolvimento. Assim, sob a perspectiva da NEI e da AED, a análise da jurisprudência brasileira nos moldes ora propostos passa necessariamente pela afirmação das instituições garantidoras dos contratos celebrados pela Administração, principalmente dos contratos de concessão de serviço público ligados aos setores de infraestrutura.

Dentro desta perspectiva, o Poder Judiciário, como instituição integrante do poder estatal e garantidora do ordenamento jurídico, tem por uma de suas funções reduzir os custos das transações econômicas, incentivando-as, de modo a eliminar fontes de risco às

negociações. Os agentes econômicos privados farão investimentos de longo prazo apenas se estiverem seguros de que os contratos de concessão serão garantidos pelo Estado na forma previamente definida, sendo que a dificuldade de interpretar e obrigar a execução destes contratos são contabilizados no cálculo econômico. Este fato ganha relevância especialmente nos setores de infraestrutura em que a produção especializada requer ativos específicos, o que afeta sobremaneira a capacidade das partes quebraram acordos, agindo de forma oportunista. Neste sentido, os tribunais podem reduzir as taxas de retorno exigidas pelos investidores. Assim, a AED Positiva, ao fornecer o instrumental dos custos de transação próprio da ciência econômica, permite concluir que o Poder Judiciário gera impacto na economia ao aumentar estes custos ou os diminuir, devido a existência ou ausência de previsibilidade das decisões ali emanadas.

Por sua vez, os custos de transação dos contratos de concessão são considerados uma das falhas de mercado existentes (como as externalidades ou as assimetrias de informação), afetando o desenvolvimento, na medida em que, necessários para efetivar uma transação, afetam o preço do bem negociado, podendo frustrá-la. Dentre as atividades que lhes são envoltas, a cobrança pelo descumprimento contratual ou na recuperação dos direitos de propriedade violados são essenciais. Neste sentido e sob o olhar da NEI, as instituições atuam sobre os contratos de qualquer natureza, seja *ex ante*, determinando o nível dos custos, seja *ex post*, corrigindo resultados ineficientes. E é com relação à esta atuação que o Poder Judiciário cumpre uma de suas inúmeras funções. Por outro lado, a AED preconiza que a lei e sua aplicação pelas cortes, e não mecanismos privados de solução de conflitos, leva à melhoria da eficiência por incentivar a cooperação das partes contratantes, ou seja, o foco estaria justamente sobre a operação dos tribunais para a resolução de disputas a custo zero, ao invés de esforços *ex ante* para completar as lacunas contratuais, garantindo a performance contratual, com menos influência da lógica transacional a ele anexo. A análise do *enforcement* ligado ao aparato jurídico como um custo de transação *ex post* possui, assim, grande importância para os contratos de concessão de serviço público, pois as grandes aplicações de capital e ativos específicos à prestação do serviço geram fortes riscos de *hold-up*, que normalmente levam à necessidade de intervenção judicial. Esta análise é extremamente relevante para a diminuição dos custos de transação *ex ante* dos contratos, pois, contribuindo para uma maior previsibilidade, permite-se aos contraentes preverem eventuais gastos que serão efetuados caso o contrato necessite de execução forçada.

Para se verificar se as decisões judiciais afetam os custos de transação, ou seja, se elas são mais ou menos previsíveis, necessário as confrontar com as regras utilizadas nas

transações subjacentes aos contratos de concessão de serviço público para preencher as lacunas contratuais e verificar se a elas as decisões são correlatas. Neste sentido, deve-se ter em mente que o contrato de concessão é um contrato administrativo e, portanto, sujeito ao regime jurídico administrativo, onde a Administração possui algumas prerrogativas, mas não absolutas, principalmente no tocante à possibilidade de alteração das cláusulas contratuais, que podem ser modificadas de acordo com imposições de interesse público, ressalvados os interesses econômico-financeiros do concessionário. Diferentemente dos contratos privados, na contratação pública há possibilidade de que a vontade de uma das partes, no caso a Administração, se sobreponha à da outra, o que gera insegurança quanto à manutenção das cláusulas contratuais, principalmente porque o conceito de interesse público permite um maior arbítrio do Estado, já que se trata de um termo indeterminado. Assim, a lógica econômica do contrato público não pode se ater apenas aos benefícios que a transação pode gerar entre as partes, mas deve estar relacionada ao interesse público, principalmente, o que deve ser levado em consideração pelo Poder Judiciário quando do preenchimento das lacunas contratuais.

As principais regras que exprimem prerrogativas da Administração no contrato de concessão de serviço público estão expressas na Lei nº 8.666/93 e na Lei nº 8.987/95, embora diversas outras normas possam se referir a contratação do setor público, principalmente os princípios correlatos. Os argumentos mais relevantes contidos nestas leis e que permitem a modificação contratual estão relacionadas ao interesse público ou ao equilíbrio econômico-financeiro, conceitos que possuem contornos pouco nítidos. Por conseguinte, o controle jurisdicional da Administração pública em relação aos atos administrativos não vinculados baseados em tais razões tem uma grande amplitude, essencialmente pela utilização dos princípios constitucionais. Neste sentido, a própria afetação da Teoria do Direito Administrativo, por uma “principalização” e por valores com base constitucional, gera uma crise de segurança jurídica pelo alargamento do conceito de legalidade e as múltiplas e difusas decisões judiciais acerca dos atos administrativos. Isto torna difícil a quantificação das decisões judiciais, mas não impossível, se for considerado apenas que a proposição da análise é meramente descritiva e não normativa, podendo ser realizada por meio do estabelecimento de alguns parâmetros a elas relacionados, como se o controle judicial pode ser realizado em relação à garantia ou não das cláusulas contratuais.

Como estes dispositivos legais têm natureza constitucional e federal, para uma maior legitimação das análises judiciais, o universo a ser selecionado deve se referir aos órgãos do Poder Judiciário com competência máxima para interpretar assuntos desta natureza, já que

isto é essencial quando se tratam de custos *ex ante* associados à previsibilidade das decisões. Assim, com a atuação máxima em relação à Constituição Federal compete ao Supremo Tribunal Federal (STF) e como a última instância sobre as leis federais é o Superior Tribunal de Justiça (STJ), a análise jurisprudencial sobre os contratos de concessão de serviço público deve se ater principalmente sobre as decisões exaradas nestes órgãos. Entretanto, devido às Súmulas 454 do STF (“A simples interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário”) e 5 do STJ (“A simples interpretação de clausula contratual não enseja recurso especial”), as cortes regionais federais também desempenham papel fundamental na interpretação das leis federais citadas, principalmente no que tange à mudança das cláusulas contratuais, razão pela qual foram igualmente abordadas.

A legitimação da análise também passa pela utilização da metodologia e técnica na pesquisa científica. Apesar das críticas quanto a sua aplicação nas ciências sociais, a metodologia quantitativa, inclusive com a utilização da estatística, é a que melhor se encaixa na vertente da AED positiva ora proposta, eminentemente descritiva. Ainda, a NEI impõe a consideração dos atributos do ambiente institucional para uma análise mais completa nos termos acima apontados, principalmente no que tange aos custos de transação.

A partir desta metodologia, o universo de decisões pesquisado atingiu o número de 604 em pesquisa realizada na jurisprudência do STF, do STJ e dos tribunais federais. Após a exclusão de diversas decisões que diziam respeito à concessão de serviço público, mas não especificamente ao contrato de concessão e suas cláusulas, restaram 126 decisões que foram objeto de análise desta dissertação.

Partindo-se desta amostra, o índice referente aos custos associados ao ambiente institucional (CT1) indicou baixa incidência de custos de transação sobre os contratos de concessão de serviço público no tocante ao arranjo institucional devido, principalmente, aos mecanismos de controle das cortes superiores sobre as inferiores e aos mecanismos de reforço dos precedentes em contraposição ao elevado número possível de pontos institucionais de veto. Como ressaltado, uma eventual pesquisa jurisprudencial que incluísse os juízes de primeira instância, talvez elevasse este valor, principalmente por envolver uma maior quantidade de pontos institucionais de veto e pela ausência de órgão decisório coletivo, o que poderia ser abordado em pesquisas ulteriores.

Tratando-se dos atributos relativos às preferências judiciais (CT2), em relação ao grau de interferência do Judiciário no contrato de concessão, verificou-se que, apesar de existirem princípios e regras que permitem ao magistrado alterar o contrato de concessão, isto não ocorre, ou seja, os magistrados são conservadores no que se refere à manutenção das cláusulas

pactuadas. Quanto à razão invocada nas decisões, os tribunais se ativeram ao previsto na legislação ou ao pactuado entre as partes, sendo o interesse público pouco invocado, ou seja, apesar de também existirem inúmeros princípios e regras que permitem ao magistrado fundamentar suas decisões no interesse público em relação ao contrato de concessão, isto não ocorre de fato. A preferência é no sentido de utilização de diversas regras relacionadas com o setor na qual o contrato está inserido e, portanto, previsíveis, ou na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. No que tange ao controle judicial da discricionariedade, a partir das decisões analisadas, percebe-se que o magistrado, apesar de possuir ampla competência para realizar o controle judicial do ato discricionário, não o faz.

Analisando-se os custos encontrados nos atributos do ambiente institucional (CT1) e nos atributos relativos às preferências judiciais (CT2), conclui-se, por fim, que o sistema jurídico brasileiro possui “alta previsibilidade” quando o tema é exclusivamente alteração, rescisão ou nulidade do contrato de concessão de serviço público. Assim, as decisões judiciais sobre os contratos de concessão de serviço público pouco afetam seus custos de transação, sendo que, devido ao ambiente institucional e à preferência dos juízes, confirma-se uma tendência de que o contrato de concessão seja mantido conforme pactuado. Com efeito, apesar de existirem prerrogativas da Administração para rescindir ou alterar o contrato de concessão, bem como a possibilidade de comportamentos oportunistas dos concessionários que afetem o contrato, além da possibilidade de amplo controle jurisdicional, o risco de que as partes consigam alterar o contrato é baixo.

Isto não significa que modificações na legislação concernente aos contratos de concessão com vistas ao seu aprimoramento sejam inoperantes em relação às decisões judiciais. Tampouco significa que o magistrado sempre tenderá a este comportamento face à realidade social que lhe é apresentada. O presente estudo tem apenas o condão de fornecer uma tendência de comportamento do sistema judicial quando o assunto é alteração ou rescisão dos contratos de concessão de serviço público em relação ao ambiente institucional atual. A metodologia utilizada, inclusive, pode não ser tão complexa e relevante do ponto de vista econômico, mas sugere resultados importantes do ponto de vista jurídico ao indicar algumas fragilidades que podem ser supridas por normas específicas do setor de infraestrutura e às decisões a elas associadas ou mesmo indicar que a insegurança dos agentes econômicos em relação à contratação com o setor público não deveria estar ligada à legislação ou ao ambiente institucional.

Assim, as conclusões aqui colocadas podem ser utilizadas tanto na evolução da Teoria do Direito Administrativo com vistas à sua adaptação frente aos desafios surgidos no

ambiente social em constante mutação na qual se encontra, quanto na elaboração de políticas públicas voltadas aos setores de infraestrutura. Ambas as sugestões, inclusive, também se referem à necessidade do aprimoramento da comunicação entre a ciência jurídica e as outras ciências sociais, principalmente a econômica. Levando-se em conta que o Direito é indutor do arranjo institucional envolto aos contratos de concessão de serviço público, a sua evolução a partir dos resultados aqui apresentados induz o desenvolvimento, principalmente por permitir um aumento na segurança e na garantia de prestação de serviços essenciais à efetivação de direitos econômicos e sociais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AKERLOF, George. The market for lemons: quality uncertainty and the market mechanism. **Quarterly Journal of Economics**, 84 (3), The MIT Press, 488–500, 1970.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Teoria da Regulação. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Coords.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas. 2011.

_____. Contratos administrativos no Brasil: aspectos críticos da teoria e da prática. **Revista de Contratos Públicos (RCP)**. Belo Horizonte: Fórum, ano 1, n. 1, p. 125-139, mar./ago. 2012.

_____. **Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil**. 2013. 439 f. Tese (Concurso público ao cargo de professor titular – área de Direito Administrativo) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As agências reguladoras independentes e a separação dos poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. **Diálogo jurídico**. n.13. abr./mai. 2002.

_____, Alexandre Santos de. A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões. **Revista de Direito Administrativo (RDA)**, Rio de Janeiro, v. 263, p. 35-66, mai./ago. 2013.

ARIDA, Persio; BACHA, Edmar Lisboa; LARA-REZENDE, André. Credit, Interests, and Jurisdictional Uncertainty: Conjectures on the Case of Brazil. In: GIAVAZZI, Francesco, GOLDFAJN, Ilan; HERRERA, Santiago (ed.), **Inflation Targeting, Debt, and the Brazilian Experience, 1999 to 2003** (pp. 265-293). London, Cambridge, MA: The MIT Press, 2005. Disponível em <http://cs5824.userapi.com/u11728334/docs/c3178eb4900b/Francesco_Giavazzi_Inflation_Targeting_Debt_and.pdf>. Acesso em 06/03/2013.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Concessão, Permissão e Autorização de Serviço Público. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Coords.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas. 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros. 2007.

_____, Celso Antônio. Concessão de serviço público e sua equação econômico-financeira. **Revista de Direito Administrativo (RDA)**, Rio de Janeiro, v. 259, p. 251-272, jan./abr. 2012.

BARRAL, Welber. Desenvolvimento e sistema jurídico: a busca de um modelo teórico. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (Orgs.). **Teoria jurídica e desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. A judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Atualidade Jurídica: revista eletrônica do Conselho Federal da OAB**. n. 4. jan/fev 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21 ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.

CARVALHO, Vinícius Marques. Capítulo 1: Regulação econômica e serviços públicos. In: SHAPIRO, Mário Gomes (Coord.). **Direito Econômico Regulatório**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CASANOVA, Pablo González. **As novas ciências e as humanidades: da academia à política**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2006.

CAVALLI, Cássio. O controle da discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, vol. 251, mai./ago. 2009.

COASE, Ronald. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, 3:1-44, 1961.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COSTA JÚNIOR, Álvaro Pereira Sampaio. **Judiciário e política regulatória – um estudo de caso sobre o papel das cortes e dos juízes na regulação do setor de telecomunicações**. 2007. 247 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. O direito no desenvolvimento econômico. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**. Belo Horizonte: Fórum, ano 10, n. 38, pp. 31-34, jul/set-2012.

DAVIS, James A. **Levantamento de dados em sociologia – Uma análise estatística elementar**. Rio de Janeiro: Zahar, 1976.

PAULA, Lucas Franco de; CENCI, Elve Miguel. Algumas reflexões críticas da visão da Análise Econômica do Direito sobre a teoria das externalidades no contexto da contemporaneidade. In: Vladimir Oliveira da Silveira. (Org.). **Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI - "Sistema Jurídico e Direitos Fundamentais Individuais e Coletivos"**. 1ed. Uberlândia: Universidade Federal de Uberlândia, 2012, v. 1, p. 5524-5533.

DENCKER, Ada de Freitas Manetti; CHUCID DA VIÁ, Sarah. **Pesquisa empírica em ciências humanas (com ênfase em comunicação)**. São Paulo: Futura, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública – Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e outras formas**. 4. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2002.

_____. (Org.). Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. **Direito Regulatório – Temas polêmicos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**. Salvador: Insituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, fev/mar/abr. 2007.

ELI DA VEIGA, José. **A emergência socioambiental**. São Paulo: SENAC, 2007.

FARIA, Guiomar T. Estrella Faria. **Interpretação econômica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1994.

FREITAS, Henrique; OLIVEIRA, Mirian; SACCOL, Amarolinda Zanela; MOSCAROLA, Jean. O método de pesquisa *survey*. **Revista de Administração**, São Paulo, v. 35, n.3, jul./set. 2000.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. **Eficiência e legitimidade do Estado**. São Paulo: Manole, 2003.

GALLIANO, Guilherme. **O método científico: teoria e prática**. São Paulo: Harbra, 1986.

GALBRAITH, John Kenneth. **A economia das fraudes inocentes**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 7-33, Jan-Jun, 2010.

_____. **A Tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário**. 2012. 146 f. Tese (Doutorado). Universidade de Brasília, Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Ciência da Informação e Documentação. Departamento de Economia, Programa de Pós-Graduação em Economia, Brasília, 2012.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GUEDES, Vinícius Mancini. Interesse público e desenvolvimento: as alterações e rescisões contratuais unilaterais motivadas por interesse público na jurisprudência do STJ. In CORRÊA, André Rodrigues; PINTO JÚNIOR, Mário Engler (Coords.). **Cumprimento de contratos e razão de Estado**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GUERREIRO, Mário Augusto Figueiredo de Lacerda. O Poder Judiciário como agente regulador da economia. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GONÇALVES, Oksandro (Coords.). **Revista de Direito Empresarial**, n. 14, pp. 49-72, Curitiba: Juruá, 2010.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessão de serviço público**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; LARA, Mariana Alves; CORRÊA DA COSTA, Maria Batista Leite. Pesquisa Quantitativa na produção de conhecimento jurídico. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 60, jan./jun. 2012.

HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico – Reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **A & C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, pp. 153-168, jul./set., 2013.

HAYEK, Friederich. **O caminho para a servidão**. Tradução de Marcelino Amaral. Lisboa: Edições 70, 2009, [1944].

IACOBUTA, Andreea-Oana. A new approach in economics: transaction costs theory. **Annals of Faculty of Economics**, 2009, 2: 370-375.

IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Introdução. **Infraestrutura Econômica no Brasil: diagnósticos e perspectivas para 2025**. Livro 6, vol. 1, Brasília, 2010. Disponível em: <
http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/livros/Livro_InfraestruturaSocial_voll.pdf> Acesso em 23/01/2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. ed. 15. São Paulo: Dialética. 2012.

KRHEBIEL, Keith; DIERMEIER, Daniel. **Institucionalism as a Methodology**. Stanford University, 2001. Disponível em <
<http://www.wcfia.harvard.edu/sites/default/files/DiermeierKrehbiel2001.pdf>> Acesso em 05.10.2012.

LEITE, Evandro Gueiros. Ativismo judicial. **BDJur**, Brasília, DF, 2008. Disponível em: <
http://biblioteca.universia.net/html_bura/ficha/params/title/ativismo-judicial/id/52524538.html> Acesso em: 22/02/2013.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito e Economia: os caminhos do debate. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua (Coord.). **Agenda Contemporânea - Direito e Economia - 30 Anos de Brasil**. Tomo 1, Série GVLaw, São Paulo: Saraiva, 2012.

MACEDO, Bernardo Gouthier. Economia e Direito: um diálogo entre iguais. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua (Coord.). **Agenda Contemporânea - Direito e Economia - 30 Anos de Brasil**. Tomo 1, Série GVLaw, São Paulo: Saraiva, 2012.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

MELLO, Maria Tereza Leopardi. Direito e Economia em Weber. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 2, jul-dez 2006.

MITCHELL, William C.; SIMMONS, Randy T. **Para além da política: mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia**. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

MOREIRA, Egon Bockmann; MILANO, Célio Lucas. Contratos públicos de longo prazo: a segurança judicial advinda da certeza da mudança. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte: Fórum. ano 9, n. 34, pp. 171-183, abr./jun.2011.

MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e Administração pública**. Coimbra: Almedina, 1997.

NASCIMENTO NETO, José Osório. **Regulação e políticas públicas como instrumento de planejamento e incentive às energias renováveis no Brasil**. 2011. 164 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011.

NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviço público e PPP's. **Revista Brasileira de Direito Público**, 25, abr./jun. 2009.

_____. Análise Econômica do Direito Administrativo. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Direito da infraestrutura**. São Paulo, Quartier Latin, 2011.

NORTH, Douglas Cecil. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

_____. Economic Performance Through Time. **The American Economic Review**, June 1994, pp. 359-360.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia – introdução ao Direito econômico**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Ativismo judicial, pragmatismo e capacidades institucionais – As novas tendências do controle judicial dos atos administrativos. **Revista Brasileira de Direito público (RBDP)**. Belo Horizonte, ano 10, n. 39, pp. 9-36, out./dez. 2012, Disponível em: <<http://ww.bidforum.com.br/bidi>> Acesso em 30/06/2013.

PAES DE BARROS, Aidil de Jesus; LEHFELD, Neide Aparecida de Souza. **Projeto de pesquisa: propostas metodológicas**. Petrópolis: Vozes, 12. ed.,1990.

PLACHA, Gabriel. **A atividade regulatória do Estado**. 2007. 253 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2007.

PEIXOTO, Lílian de Castro. **A proteção aos investimentos das concessionárias de serviço público na jurisprudência dos tribunais superiores**. 2009. 145 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

- PETTER, Lafayette Josué. **Direito econômico**. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2006.
- PINHEIRO, Armando Castellar. **Judiciário e economia no Brasil**. São Paulo: Sumaré, 2000.
- _____; SADDI, Jairo. **Uma introdução teórica. Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- QUEIROZ, João Eduardo Lopez. Principais aspectos jurídicos da privatização. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Coords.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011.
- RIBEIRO, Márcia Carla; GALESKI, Junior. **Teoria geral dos contratos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- RICHARDSON, Roberto Jarry. **Pesquisa Social - métodos e técnicas**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 1999.
- RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e consequências**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- RODRIGUES, Carlos Henrique Lopes. **A questão do protecionismo no Debate entre Roberto Simonsen e Eugênio Gudin**. 2005. 163 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2005.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. Zonas de autarquia nas decisões jurisdicionais: Estado de Direito, indeterminação e democracia. **Artigo DIREITO GV (Working Paper)**, São Paulo, n. 56, junho de 2012.
- SACHELLI, Roseana Cilião. **A ausência da regulamentação do sistema financeiro brasileiro como obstáculo ao desenvolvimento nacional: uma leitura a partir da crise econômica de 2008 (gerada pela globalização econômica e pelo neoliberalismo)**. 2013. 136 f. Dissertação (Mestrado). – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2013.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia”? In: **Cadernos Direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 2, março de 2008. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2811>. Acesso em 01/07/2012.
- SALGADO, Eneida Desiree; GABARDO, Emerson. Os fundamentos democráticos da decisão judicial e a questão do direito e da moral – uma visão a partir do neopositivismo de Hart e a crítica de Nino. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n. 48, pp. 165-186, 2008.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

SANT'ANA, Diogo. Capítulo 9: Conjuntura da regulação no Brasil: conflitos e convergências. **Direito Econômico Regulatório**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTANA, Edvaldo Alves. Instituições, Governança Econômica e Incompletude dos Contratos: Teoria e Prática. **Anais do XXXVI Encontro Nacional de Economia**, Disponível:<http://www.anpec.org.br/encontro2008/artigos/200807210909450-.pdf>. Acesso em 27/10/2011.

SANTOS, Boaventura de Souza. Capítulo 1: Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. **Epistemologias do Sul**, SANTOS, Boaventura de Souza; MENESES, Maria Paula (Orgs.). Coimbra: Edições Almedina S.A., 2009.

SANTOS, Rodolfo Torres dos. Análise Econômica de Contratos: elementos para discussão no setor de infraestrutura. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 21, jun. 2004.

SCHIRATO, Vitor Rhein. A regulação dos serviços públicos como instrumento para o desenvolvimento. **Interesse Público-IP**. Belo Horizonte: Fórum, Ano 7, N. 30, mar./abr. 2005.

_____. Contratos administrativos e contratos da Administração Pública: pertinência da diferenciação? **Revista de Contratos Públicos – RCP**. Belo Horizonte: Fórum. ano 2, n. 2, pp. 177-186, set. 2012/fev. 2013.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade** São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SHAPIRO, Mario Gomes. Repensando a relação entre Estado, Direito e desenvolvimento: os limites do paradigma *Rule of Law* e a relevância das alternativas institucionais. **Revista Direito GV**, 6(1), jan/jun-2010.

_____. Amarrando as próprias botas do desenvolvimento: a nova economia global e a relevância de um desenho jurídico-institucional adequado. **Revista Direito GV** 7(1), jan/jun-2011.

SILVA, Rafael Silveira; COSTA JÚNIOR, Álvaro Pereira Sampaio. “Como medir o impacto do Judiciário sobre a implementação da política regulatória?” **Caderno de Finanças Públicas, Ci. Inf. Brasília**, n.9, dez. 2009.

SOARES, Inês Virgínia Prado. Direito ao desenvolvimento e justiça de transição – conexões e alguns dilemas. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.). **Direito ao Desenvolvimento**, Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SOUZA, Alexandre Campos Gomes. **Ensaio sobre regulação monetária e financeira**. 2009. 205 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

STEWART, John; WALSH, Kieron. **Change in the management of public services. Public Administration**, Oxford: Blackwell Publishers, 1992.

SZTAJN, Rachel; AGUIRRE, Basília. Mudanças institucionais. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). **Direito & Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

_____ ; ZYLBERSZTAJN, Decio; FURQUIM DE AZEVEDO, Paulo. Economia dos contratos. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). **Direito & Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasilis*. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011. Disponível em < <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/53>> Acesso em 22/02/2013.

_____. O (pós-) positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – dois decálogos necessários. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 7, p. 15-45, jan./jun. 2010.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)** 1(2):75-83 julho-dezembro 2009. Disponível em <<http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/84.pdf>>. Acesso em 22/02/2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. (Org.). Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006.

TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro. Contratos administrativos. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Coords.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas. 2011.

TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise Econômica dos Contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.

TREBILCOOK, Michael J.; DAVIS, Kevin E. A relação entre direito e desenvolvimento: otimistas versus céticos. **Revista Direito GV**, São Paulo, Jan-jun 2009.

VERISSIMO, Marcos Paulo. Controle judicial da atividade normativa das agências reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____, Marcos Paulo. A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”. **Revista Direito GV**. São Paulo, 4(2), pp. 407-440, jul./dez., 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena; DIMOULIS, Dimitri. Constituição e desenvolvimento. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua (Coord.). **Agenda Contemporânea - Direito e Economia - 30 Anos de Brasil**. Tomo 1, Série *GVLaw*, São Paulo: Saraiva, 2012.

WANG, Daniel Wei Liang et al. Capítulo 7: Revisão judicial dos atos das agências reguladoras: uma análise da jurisprudência brasileira. In: SHAPIRO, Mário Gomes (Coord.). **Direito Econômico Regulatório**. São Paulo: Saraiva, 2010.

WILLIAMSON, Oliver Eaton. **The Economic Institutions of Capitalism**. New York: The Free Press.

_____. Transaction Costs Economics: How it works; Where It is Headed. **De Economist**. 146, N. 1, 23–58. Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 1998. Disponível em <<http://classwebs.spea.indiana.edu/kenricha/classes/v640/v640%20readings/williamson%201998.pdf>> Acesso em 03/12/2013.

YEUNG, Luciana. **Além dos “achismos”, do senso comum e das evidências anedóticas: uma análise econômica do judiciário brasileiro**. 2010. 242 f. Tese (Doutorado) – Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2010.

ANEXOS

ANEXO A – JURIPRUDÊNCIA DO STF SELECIONADA PARA A ANÁLISE

Processo	Número de registro
Ação Direta de Inconstitucionalidade	2340-3 - SC
Mandado de Segurança	26000 - SC
Agravo Regimental no Agravo de Instrumento	AI 782928 AgR - RS
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário	RE 412921 AgR - MG
Agravo Regimental na Suspensão de Segurança	SS 3952 AgR - AL
Ação Direta de Inconstitucionalidade	3729 - SP
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário	RE 603530 AgR - MT
Agravo Regimental na Suspensão de Liminar	274 - PR
Ação Direta de Inconstitucionalidade	3521 - PR
Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade	2337 - SC

Obs.: Aqui são apresentadas todas as decisões que serviram de paradigma para a análise. Assim, apesar de serem encontrados outros acórdãos que tratavam do mesmo assunto e que foram utilizados para efeito estatístico, não serão todas as decisões relacionadas, pois desnecessárias à comprovação da análise efetuada.

ANEXO B – JURIPRUDÊNCIA DO STJ SELECIONADA PARA A ANÁLISE

Processo	Número de registro
Recurso Especial	REsp 1314050 - RJ
Recurso Especial	REsp 950489 - DF
Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial	AgRg nos EDcl no REsp 1197430 - SC
Recurso Especial	REsp 964909 - RS
Recurso Especial	REsp 1059137 - SC
Agravo Regimental no Recurso Especial	AgRg no REsp 1030380-MG
Recurso Ordinário em Mandado de Segurança	RMS 24682 - GO

Agravo Regimental no Agravo de Instrumento	AgRg no Ag 806990 - RJ
Agravo Regimental no Mandado de Segurança	AgRg no MS 11308 - DF
Recurso Especial	REsp 1278809 - MS
Agravo Regimental no Agravo de Instrumento	AgRg no Ag 1199877 - PR
Agravo Regimental na Suspensão de Segurança	AgRg na SLS 1268 - SP
Agravo Regimental no Recurso Especial	AgRg no REsp 971851 - SC
Mandado de Segurança	1308 - DF
Agravo Regimental na Suspensão de Liminar	AgRg na SLS 162 - PE
Recurso Especial	REsp 417804 - PR
Recurso Especial	REsp 513850 - SC
Recurso Especial	REsp 572070 - PR
Recurso Especial	REsp 341575 - MG
Recurso Ordinário em Mandado de Segurança	RMS 2539 - TO

Obs.: Aqui são apresentadas todas as decisões que serviram de paradigma para a análise. Assim, apesar de serem encontrados outros acórdãos que tratavam do mesmo assunto e que foram utilizados para efeito estatístico, não serão todas as decisões relacionadas, pois desnecessárias à comprovação da análise efetuada.

ANEXO C – JURIPRUDÊNCIA DO TRF1 SELECIONADA PARA A ANÁLISE

Processo	Número de registro
Apelação Cível	AC 96.01.11458-0 - DF
Apelação Cível	AC 96.01.11459-9 - DF
Apelação Cível	AC 2004.34.00.024698-9-DF
Apelação Cível	AC 2009.35.00.011706-0 - GO
Remessa <i>ex officio</i>	REO 2001.01.00.027361-1 - MA
Agravo de Instrumento	AG 2004.01.00.035741-1 - DF
Agravo de Instrumento	AG 2005.01.00.063899-5 - DF
Apelação Cível	AC 94.01.32182-5 - DF

Obs.: Aqui são apresentadas todas as decisões que serviram de paradigma para a análise. Assim, apesar de serem encontrados outros acórdãos que tratavam do mesmo assunto e que

foram utilizados para efeito estatístico, não serão todas as decisões relacionadas, pois desnecessárias à comprovação da análise efetuada.

ANEXO D – JURIPRUDÊNCIA DO TRF2 SELECIONADA PARA A ANÁLISE

Processo	Número de registro
Apelação Cível	AC – 537546 - RJ
Apelação Cível	AC – 535494 - RJ
Apelação Cível	AC – 392222 - RJ
Apelação em Mandado de Segurança	AMS – 57897 - RJ
Agravo de Instrumento	AG - 160365 - RJ
Remessa <i>ex officio</i>	REO - 465278 - RJ
Embargos Infringentes	EIAC - 401963 - RJ
Apelação Cível	AC - 232246- RJ
Agravo de Instrumento em Embargos Infringentes	AGTEIAC - 206514 - RJ
Agravo de Instrumento	AG - 69511- RJ
Embargos de Declaração em Agravo de Instrumento	EDAG - 89302- RJ
Apelação Cível	AC - 119785- RJ
Apelação Cível	AC - 133999- RJ
Agravo de Instrumento	AG - 70388- RJ
Apelação Cível	AC - 232246- RJ
Apelação Cível	AC - 131644- RJ

Obs.: Aqui são apresentadas todas as decisões que serviram de paradigma para a análise. Assim, apesar de serem encontrados outros acórdãos que tratavam do mesmo assunto e que foram utilizados para efeito estatístico, não serão todas as decisões relacionadas, pois desnecessárias à comprovação da análise efetuada.

ANEXO E – JURIPRUDÊNCIA DO TRF3 SELECIONADA PARA A ANÁLISE

Processo	Número de registro
Agravo de Instrumento	AI - 153315- SP
Apelação Cível	AC – 1333129 - SP

Apelação Cível	AC – 1806740 - SP
Agravo de Instrumento	AI – 318303 - SP

ANEXO F – JURIPRUDÊNCIA DO TRF4 SELECIONADA PARA A ANÁLISE

Processo	Número de registro
Agravo de Instrumento	AG - 5027692-80.2013.404.0000 - RS
Agravo de Instrumento	AG - 5021935-08.2013.404.0000- RS
Apelação/ Reexame necessário	APELREEX 5043431.79.2012.404.7000-PR
Apelação Cível	AC -5002075-20.2011.404.7201-SC
Apelação Cível	AC 2008.71.10.001816-9 - RS
Apelação/ Reexame necessário	APELREEX 0032025- 25.2007.404.7000-PR
Agravo de Instrumento	AG 2009.04.00.030543-4-RS
Agravo de Instrumento	AG 2005.04.01.006494-0-RS
Apelação Cível	AC 2002.71.08.000532-0-RS
Apelação Cível	AC 2000.70.00.007377-7-PR
Apelação Cível	AC 2006.71.00.002621-4-RS
Apelação Cível	AC 2000.04.01.097971-2-PR

Obs.: Aqui são apresentadas todas as decisões que serviram de paradigma para a análise. Assim, apesar de serem encontrados outros acórdãos que tratavam do mesmo assunto e que foram utilizados para efeito estatístico, não serão todas as decisões relacionadas, pois desnecessárias à comprovação da análise efetuada.

ANEXO G – JURIPRUDÊNCIA DO TRF5 SELECIONADA PARA A ANÁLISE

Processo	Número de registro
Apelação Cível	AC505223-PE
Agravo de Instrumento	AG102557-PE
Apelação Cível	AC451548-PE
Apelação Cível	AC203243-CE

Apelação Cível	AC363707-PE
Apelação/ Reexame necessário	APELREEX928-PE

Obs.: Aqui são apresentadas todas as decisões que serviram de paradigma para a análise. Assim, apesar de serem encontrados outros acórdãos que tratavam do mesmo assunto e que foram utilizados para efeito estatístico, não serão todas as decisões relacionadas, pois desnecessárias à comprovação da análise efetuada.