

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE TECNOLOGIA
DEPARTAMENTO DE ENGENHARIA CIVIL E AMBIENTAL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM TRANSPORTES**

**CONTRATOS DE DELEGAÇÃO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE
COLETIVO PÚBLICO: UMA ABORDAGEM BASEADA EM
INCENTIVOS**

MILENA OLIVEIRA MARQUES DA ROCHA

ORIENTADORA: PROF^a. YAEKO YAMASHITA, Ph.D.

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO EM TRANSPORTES

BRASÍLIA/DF: JULHO DE 2011

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE TECNOLOGIA
DEPARTAMENTO DE ENGENHARIA CIVIL E AMBIENTAL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM TRANSPORTES

CONTRATOS DE DELEGAÇÃO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE
COLETIVO PÚBLICO: UMA ABORDAGEM BASEADA EM
INCENTIVOS

MILENA OLIVEIRA MARQUES DA ROCHA

DISSERTAÇÃO SUBMETIDA AO DEPARTAMENTO DE ENGENHARIA CIVIL E AMBIENTAL DA FACULDADE DE TECNOLOGIA DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA COMO PARTE DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM TRANSPORTES.

APROVADA POR:

Prof. Yaeko Yamashita, PhD. (EnC - UnB)

(Orientador)

Prof. José Matsuo Shimoishi, Dr. (EnC - UnB)

(Examinador Interno)

Prof. Marcos Thadeu Queiroz Magalhães, Dr. (FAU - UnB)

(Examinador Externo - Suplente)

BRASÍLIA/DF, 13 de Julho de 2011

FICHA CATALOGRÁFICA

ROCHA, MILENA OLIVEIRA MARQUES DA

Contratos de delegação do serviço de transporte coletivo público: uma abordagem baseada em incentivos [Distrito Federal] 2011.

xiii, 183p., 210 x 297 mm (ENC/FT/UnB, Mestre, Transportes, 2011).

Dissertação de Mestrado - Universidade de Brasília. Faculdade de Tecnologia.

Departamento de Engenharia Civil e Ambiental.

1. Planejamento em transportes

2. Contratos de delegação

3. Incentivos

4. Economia dos Custos de Transação

ENC/FT/UnB

II. Título (série)

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ROCHA, M. O. M. (2011) Contratos de delegação do serviço de transporte coletivo público: uma abordagem baseada em incentivos. Dissertação de Mestrado em Transportes, Publicação T. DM – 006A/2011, Departamento de Engenharia Civil e Ambiental, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 183p.

CESSÃO DE DIREITOS

AUTOR: Milena Oliveira Marques da Rocha

TÍTULO: Contratos de delegação do serviço de transporte coletivo público: uma abordagem baseada em incentivos.

GRAU/ANO: Mestre/2011

É concedida à Universidade de Brasília permissão para reproduzir cópias desta dissertação de mestrado e para emprestar ou vender tais cópias somente para propósitos acadêmicos e científicos. O autor reserva outros direitos de publicação e nenhuma parte dessa dissertação de mestrado pode ser reproduzida sem autorização por escrito do autor.

Milena Oliveira Marques da Rocha
milenaomrocha@globocom

*Não sabemos se podemos conduzir o mundo para onde queremos,
mas não podemos renunciar a tentá-lo.*
(Carlos Matus)

AGRADECIMENTOS

À minha família por todo o apoio. Ao meu avô Nabor e avó Darcy, por tornarem isto possível. À minha mãe, Ana, por me lembrar desde sempre que eu nunca devo desistir dos meus sonhos. Ao meu pai, Carlos Henrique, por, depois de muita insistência, me apresentar ao estudo dos transportes, e pelo incentivo para a realização deste mestrado.

Aos dois amores da minha vida: minha filha, Luiza, e meu noivo, Pedro, que me ajudou de todas as formas possíveis para a realização deste trabalho. Sem todo o seu apoio e companheirismo eu jamais teria chegado até aqui.

Aos amigos queridos, que compreensivamente escutaram minhas lamúrias, torceram por mim, e ainda garantiram que tudo daria certo. Em especial, à Poli, que me acompanhou nas alegrias e nas tristezas durante esses dois anos.

Aos Professores do PPGT, que se dispuseram a nos conceder uma pequena parcela do seu enorme conhecimento e experiência. À Professora Yaeko, pela ajuda no desenvolvimento deste trabalho. Ao Professores Thadeu e Matsuo, pela honra da presença na banca. Ao Júlio, Lú, Adilson e Jéssica por toda a ajuda dispensada.

Aos colegas de mestrado, Andréia, Ana Sheila, Berejuk, Carol, Cynthia, Daniel, Dino, Fernando, Gustavo, João Marcelo, Pedro, Rodrigo Buckhead e Rodrigo Uruguaio, pelas experiências compartilhadas; e ao nosso querido Júlio César, que me ajudou imensamente na disciplina de economia.

Às colegas da turma de 2008, que conseguiram fazer com que nos sentíssemos “em casa” quando chegamos ao programa sem saber o que esperar.

Por fim, um agradecimento especial aos colegas doutorandos Rodriguinho e Leandro, que me ajudaram com preciosíssimas contribuições para o desbravamento da matriz de análise.

A todos, Muito Obrigada!

RESUMO

CONTRATOS DE DELEGAÇÃO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO PÚBLICO: UMA ABORDAGEM BASEADA EM INCENTIVOS

Os serviços públicos, como é o caso do transporte coletivo de passageiros, demandam a realização de cuidadoso planejamento para que possam atingir plenamente a sua finalidade social. No entanto, a realidade tem demonstrado que, especialmente nos casos em que há a opção pela delegação do serviço, o planejamento efetuado não é, de fato, implementado, devendo-se buscar alternativas para a sua concretização. Esta dissertação propõe que os contratos de delegação do serviço de transporte coletivo público sejam, enquanto instrumentos de condicionamento de condutas, inseridos nos processos de planejamento do setor e aproveitados como recurso para a sua efetivação. No entanto, para que isso se torne possível, é necessário pensar tais contratos sob a ótica da eficiência, ao que as teorias econômicas da Nova Economia Institucional (NEI) podem contribuir de maneira contundente. Passa-se, assim, pelo estudo dos contratos de delegação sob seus aspectos jurídicos e econômicos, com enfoque na discussão trazida por aquela escola de pensamento, particularmente no que tange ao alinhamento de objetivos por meio de incentivos e à Economia dos Custos de Transação. A discussão é, ainda, trazida para a seara dos transportes por meio de um estudo de caso exemplificativo, no qual foi analisado o contrato de delegação desenvolvido para o Transporte Rodoviário Interestadual de Passageiros. Os resultados demonstram um instrumento dissociado do planejamento setorial, e cuja estrutura pode ser ainda aprimorada para apresentar maior eficiência.

Palavras chave: Planejamento em transportes; Contratos de delegação; Incentivos; Economia dos Custos de Transação

ABSTRACT

DELEGATION CONTRACTS FOR THE PUBLIC COLLECTIVE TRANSPORTATION SERVICE: AN INCENTIVES BASED APPROACH

Public services, such as the transportation of passengers, require careful planning so that they can fully achieve their social purposes. However, reality has shown that, especially in cases where there is the option for delegation of the service, the planning done is not, in fact, carried through, so that there is the need to seek alternatives for its implementation. This dissertation proposes that delegation contracts for public mass transportation service, as a means for conditioning behaviors, should be inserted in the sector planning process, and used as a resource for its realization. Notwithstanding, for this to become possible, it is necessary to think such contracts from the perspective of efficiency, to which the theories of New Institutional Economics - NIE can contribute drastically. Therefore, this dissertation studies delegation contracts under its legal and economic aspects, with focus in the discussion brought by such school of thought, particularly the alignment of objectives through incentives and the Transaction-Cost Economics. The discussion is brought to the transportation field through an illustrative case study, in which the delegation contract developed for the Interstate Road Transport of Passengers was analyzed. The results show an instrument dissociated from the sector planning, and whose structure can still be improved to supply greater efficiency.

Keywords: Transportation planning; Delegation contracts; Incentives; Transaction-Cost Economics

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
1.1 DEFINIÇÃO DO PROBLEMA.....	3
1.2 OBJETIVOS.....	3
1.2.1 Objetivos Gerais.....	3
1.2.2 Objetivos Específicos.....	3
1.3 JUSTIFICATIVA.....	3
1.4 METODOLOGIA DA PESQUISA.....	4
1.4.1 Etapa 1: Revisão Bibliográfica.....	5
1.4.2 Etapa 2: Análise estruturada do contrato - construção da matriz de sistematização	6
1.4.3 Etapa 3: Análise dos Resultados	6
1.4.4 Etapa 4: Conclusões	7
1.5 ESTRUTURA DA DISSERTAÇÃO	7
2. TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS.....	9
2.1 APRESENTAÇÃO	9
2.2 A IMPORTÂNCIA ECONÔMICA E SOCIAL DO TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS	9
2.3 O TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS COMO SERVIÇO PÚBLICO.....	12
2.4 ASPECTOS INSTITUCIONAIS E OPERACIONAIS DO TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS	16
2.5 PROBLEMAS NA EXECUÇÃO DO SERVIÇO.....	23
3. CONTRATOS	28
3.1 APRESENTAÇÃO	28
3.2 CONTRATOS COMO INSTRUMENTO DE PLANEJAMENTO, GESTÃO E CONTROLE	28
3.2.1 Planejamento: aspectos gerais.....	28
3.2.2 Métodos de planejamento	31
3.2.3 O Modelo Geral de Planejamento, Acompanhamento e Gestão	36
3.2.4 O contrato como instrumento de planejamento.....	37
3.3 TEORIA GERAL DOS CONTRATOS - ASPECTOS JURÍDICOS	39

3.3.1	Conceitos e Definições.....	39
3.3.3	O contrato sob a perspectiva da autonomia da vontade	41
3.3.3	Força obrigatória do contrato: o princípio do <i>pacta sunt servanda</i>	43
3.3.4	A nova ótica contratual: solidarismo e função social do contrato.....	44
3.3.5	O paradigma da boa-fé objetiva	46
3.4	CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	48
3.4.1	Conceito e elementos do contrato administrativo	49
3.4.2	Regime Jurídico Administrativo: cláusula obrigatórias e cláusulas exorbitantes	50
3.4.3	Equilíbrio econômico-financeiro da relação contratual	53
3.4.4	Interpretação dos contratos administrativos: limites do regime jurídico diferenciado.....	55
3.5	TEORIA ECONÔMICA DOS CONTRATOS	57
3.5.1	Custos de transação.....	58
3.5.2	Direitos de Propriedade: o Teorema de Coase.....	60
3.5.3	A Nova Economia Institucional	62
3.5.4	Incompletude contratual.....	65
3.5.5	Análise econômica dos contratos	67
3.5.6	O arcabouço regulatório na teoria contratual	68
4.	INCENTIVOS	70
4.1	APRESENTAÇÃO	70
4.2	COMPORTAMENTOS OPORTUNISTAS	72
4.2.1	Seleção adversa	74
4.2.2	Risco Moral.....	76
4.3	A RELAÇÃO DE AGÊNCIA.....	78
4.4	A ECONOMIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO.....	84
4.5	TÓPICOS CONCLUSIVOS	90
5.	ANÁLISE ESTRUTURADA DE CONTRATOS DO SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO PÚBLICO À LUZ DA TEORIA DOS INCENTIVOS	93
5.1	APRESENTAÇÃO	93
5.2	CONSIDERAÇÕES SOBRE CONTRATOS DE DELEGAÇÃO DE TRANSPORTE COLETIVO PÚBLICO.....	93
5.3	METODOLOGIA DA ANÁLISE.....	97
5.3.1	Definição dos objetivos.....	98

5.3.2 Seleção dos objetivos mais relevantes à análise.....	102
5.3.3 Construção do instrumento de análise.....	103
5.3.3 Identificação dos impactos.....	109
6. ESTUDO DE CASO.....	111
6.1 APRESENTAÇÃO	111
6.2 O CONTRATO ANALISADO	111
6.3 OS RESULTADOS DA ANÁLISE	116
6.3.1 Características gerais da estrutura de governança escolhida.....	116
6.3.1.1 <i>O elemento eficácia</i>	118
6.3.1.2 <i>O elemento mobilidade</i>	120
6.3.1.3 <i>O elemento eficiência</i>	120
6.3.1.4 <i>Conclusões acerca das características gerais da estrutura de governança</i>	122
6.3.2 O oportunismo no contrato sob exame.....	124
6.3.2.1 <i>A seleção adversa</i>	125
6.3.2.2 <i>O risco moral</i>	126
6.3.2.3 <i>Os mecanismos de resolução de conflitos</i>	132
6.3.3 Os custos da estrutura de governança	135
6.3.3.1 <i>Custos regulatórios</i>	136
6.3.3.2 <i>Custos das empresas na execução dos serviços</i>	138
6.3.4 Tópicos conclusivos.....	139
7. CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES.....	141
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	145
ANEXO I - GLOSSÁRIO.....	153
ANEXO II - RELAÇÃO DE CLÁUSULAS UTILIZADAS PARA O ESTUDO DE CASO .	156

LISTA DE TABELAS

Tabela 2.1: Classificação dos conceitos de serviço público quanto à abrangência.....	13
Tabela 2.2: Principais motivos de reclamação quanto ao serviço de Transporte Rodoviário de Passageiros.....	24
Tabela 4.1: Atributos do Processo de Contratação.....	88

LISTA DE FIGURAS

Figura 3.1: Planejamento da engenharia de transportes.....	32
Figura 3.2: Processo Integrado de Planejamento.....	36
Figura 4.1: Classificação dos contratos.....	74
Figura 5.1: Esquema semântico do planejamento de transporte.....	99
Figura 5.2: Metodologia da análise.....	110

LISTA DE ABREVIACÕES E SIGLAS

ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários

ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres

CNT – Confederação Nacional do Transporte

ECT – Economia dos Custos de Transação

PES – Planejamento Estratégico Situacional

PPGT – Programa de Pós Graduação em Transportes

TRIP - Transporte Rodoviário Interestadual de Passageiros

UnB – Universidade de Brasília

1. INTRODUÇÃO

As relações de negócios são concretizadas e representadas por contratos. É precisamente essa a sua função jurídica, expressando a vontade das partes no sentido de estabelecerem uma com a outra uma relação qualquer, e tornar conhecidas as suas intenções e expectativas naquele vínculo. Em uma relação jurídica negocial, o contrato funciona, como um instrumento de que as partes dispõem para, de comum acordo, estipular à outra ações que de outra forma não seriam praticadas, cada uma com motivações próprias e em busca da realização de determinados objetivos estratégicos na relação firmada.

Para tanto, as partes buscam, dentro do conhecimento e experiência que possuem, antever as contingências e condicionar comportamentos em todas as situações identificáveis. No entanto, a dificuldade de previsão exaustiva do espectro de situações possíveis torna os contratos naturalmente incompletos, e a complexidade de seu desenho pode dar margem a comportamentos oportunistas¹ que ponham em risco a execução do objeto.

Uma correta execução e bom funcionamento do contrato dependem da segurança conferida às partes de que a avença não será descumprida. Tal descumprimento poderá gerar prejuízos que as partes por vezes não têm sequer condições de mensurar; e elas certamente não estarão dispostas a travar qualquer relação jurídica se tiverem alguma expectativa de serem lesadas ou mesmo de não atingirem, em sua extensão total, os objetivos que as motivaram à celebração do contrato.

Importa ressaltar que essa última questão não diz respeito apenas à simples verificação de que os objetivos primários tenham sido atingidos, mas implica também em uma análise de custos incorridos. Assim, ainda que ao final se tenha a realização do objetivo proposto, os custos para essa concretização (denominados custos de transação na Nova Economia Institucional), poderiam superar os benefícios daí advindos, justificando a não contratação. Ações oportunistas provenientes da incompletude contratual e da má

¹ Confrontadas com situação inesperada, as partes podem querer resolver a situação da maneira que lhes seja mais favorável (Mata, 2010).

elaboração das cláusulas existentes certamente elevam os custos de realização do negócio, o que, se não impede a contratação, pode vir a gerar subinvestimentos das partes contratantes e a conseqüente ineficiência da transação.

Assim, o contrato, além de fixar os limites do negócio realizado, tem a função de garantir às partes que i) terão suas expectativas atendidas, dentre elas, custo esperado e ii) não serão lesadas. Para tanto, deve eliminar a possibilidade de qualquer comportamento oportunista que, pelo seu descumprimento proposital, tenha como finalidade a obtenção de vantagens não proporcionadas originalmente pelos termos contratuais.

No setor de transportes públicos, os contratos mais comumente firmados e de maior relevância são aqueles de delegação de serviços, em que o Poder Público, por conveniência e oportunidade, transfere a execução do serviço a algum particular, que deve desempenhá-lo fielmente nos termos definidos pelo Estado. Isso porque, sendo o transporte considerado um serviço público de grande relevo, e do qual possivelmente depende a concretização de inúmeros direitos, é necessário garantir minimamente a sua eficácia e, em etapa imediatamente posterior, também a sua eficiência.

Verifica-se, assim, que, para este setor, a execução da operação depende de cuidadoso planejamento a ser realizado pelo Poder Público. O contrato, portanto, deve necessariamente refleti-lo; e mais, sendo ele o instrumento que determinará como se processará a conduta do particular ao qual o serviço será transferido, deve ser estruturado de forma a garantir que tal particular aja de acordo com o planejamento previsto.

Por outro lado, o prestador dos serviços, particular que desempenha atividade econômica contratada pelo Estado, só se prestará a exercê-la se puder concluir que o retorno esperado compensa os riscos inerentes ao negócio.

Enfim, a situação demanda um delicado equilíbrio, e um cuidadoso desenho contratual para atingi-lo, sem o que estará comprometido todo o seu objeto e, conseqüentemente, o planejamento realizado. Evidentemente, num setor como o de transporte público, isso não pode ocorrer. Da mesma forma, a preocupação com a manutenção desse equilíbrio deve ser uma constante, com a eliminação de quaisquer brechas que possibilitem a

alteração indevida dos benefícios e riscos assumidos por cada uma das partes no vínculo contratual.

1.1 DEFINIÇÃO DO PROBLEMA

Considerando o acima exposto no que se refere à execução dos contratos no setor de transportes, o que se propõe estudar é como aproximar o contrato do processo de planejamento, afastando-o da abordagem meramente formalista e incorporando, em seu estudo, elementos relacionados ao real comportamento das partes durante sua execução.

1.2 OBJETIVOS

1.2.1 Objetivos Gerais

Diante do problema formulado, esta pesquisa tem como objetivo a aproximação dos contratos ao processo de planejamento por meio da incorporação, em seu estudo, de elementos relacionados ao real comportamento das partes durante a sua execução.

1.2.2 Objetivos Específicos

- Inserção do contrato no processo de planejamento.
- Estudo da figura do contrato sob os aspectos jurídico e econômico.
- Entendimento da relação entre as teorias de base utilizadas e o setor de transportes.
- Exemplificação das teorias estudadas por meio de estudo de caso, aplicando-as à análise do contrato de delegação elaborado para o Transporte Rodoviário Interestadual de Passageiros.

1.3 JUSTIFICATIVA

Atualmente os contratos de transportes não são pensados em termos de eficiência contratual. Quando não são copiados de outros setores que em nada se assemelham à realidade dos transportes públicos, a grande maioria é simplesmente uma reprodução de cláusulas obrigatórias por lei ou mera compilação de obrigações que o Poder Público considera pertinentes. Não se tem um estudo do contrato como um todo, ou a averiguação dos efeitos que determinadas cláusulas podem surtir na execução do

contrato. Isso resulta em brechas contratuais que, incentivando de forma errada qualquer das partes, pode dar margem a comportamentos oportunistas, gerando graves problemas para o setor.

Os contratos de transportes têm sido objeto de constantes disputas judiciais, devido, principalmente, à incapacidade das medidas administrativas previstas contratualmente em solucionar vários dos problemas que se apresentam na execução do objeto. Hoje, o transporte resta muitas vezes inviabilizado pelos conflitos que surgem ou, ainda que não chegue a isso, o serviço efetivamente prestado não é aquele desejado ou contratado. Liminares que dispensam as empresas do cumprimento de obrigações previstas, a isentam do pagamento de multas, ou mesmo alteram o seu objeto contratual, ampliando-o, são concedidas com grande frequência, o que leva a crer que algum equívoco grave está ocorrendo no desenho dos contratos.

Essa realidade termina por agravar os problemas pelos quais tem passado o planejamento do setor. Somando-se às dificuldades institucionais e à busca por novas teorias mais sofisticadas, que incorporem elementos antes desconsiderados; acredita-se que a inexecução dos contratos firmados contribui de forma cabal para grande parte dos insucessos verificados no setor de transportes.

Faz-se necessário, portanto, verificar as causas dessa inexecução, que partes estão sendo lesadas na atual situação, onde se encontra o erro e, mais importante, que soluções podem ser buscadas. É certo que o contrato de delegação tem um papel fundamental para a consecução de um bom transporte, bastando ter mecanismos que permitam a sua utilização como instrumento para a garantia de que os objetivos e expectativas iniciais das partes, cuidadosamente planejados, sejam concretizados.

1.4 METODOLOGIA DA PESQUISA

O método de pesquisa adotado é o dedutivo. Como técnica de pesquisa, será adotada primordialmente a bibliográfica, com a utilização de livros, artigos científicos, inclusive artigos científicos depositados na rede mundial de computadores e, também, estudos acadêmicos.

A revisão realizada englobará (i) planejamento em geral, com posterior enfoque em planejamento estratégico situacional; (ii) teoria de contratos, tanto na esfera jurídica

quanto na econômica, em que se tratará da Nova Economia das Instituições; (iii) incentivos, aonde serão abordadas a Teoria de Agência e a Economia dos Custos de Transação; (iv) ferramentas de análise de dados, com destaque para as de análise de impactos.

Será, ainda, utilizada a pesquisa documental, com o levantamento de informações acerca do Transporte Rodoviário Interestadual de Passageiros. Em seguida, será utilizado um estudo de caso exemplificativo, buscando demonstrar as aplicações das teorias discutidas.

Para a consecução dos objetivos aqui definidos, a pesquisa foi estruturada em cinco etapas metodológicas, apresentadas a seguir:

1.4.1 Etapa 1: Revisão bibliográfica

Nesta etapa, inicialmente, será realizada a apresentação do setor de transporte rodoviário interestadual de passageiros, caracterizando-o e discorrendo acerca dos principais problemas na execução dos contratos de delegação com o objetivo de, em uma etapa posterior, verificar a existência de uma relação entre esses problemas e as cláusulas contratuais estabelecidas.

Feito isso, terá início a discussão acerca do planejamento, observando-se os métodos mais consagrados, as características comuns entre eles e, ao final, focando-se o planejamento estratégico situacional. A partir daí será tratada a inserção do contrato no processo de planejamento, destacando-se as funções que aquele pode assumir na implementação daquilo que fora planejado.

Em seguida, é necessário apresentar os contratos em geral, tratando de sua função e natureza jurídica e os princípios que informam a sua elaboração e interpretação. Após, serão apresentadas características específicas aos contratos administrativos, e como subespécie destes, os contratos de delegação de serviços públicos, enfatizando os aspectos legais a eles relacionados.

Será destacada também a função econômica dos contratos, na ótica da NEI, abordando as noções de equilíbrio e eficiência nas transações, o que será seguido do estudo acerca de incentivos. Nesse estudo, serão abordados os pressupostos adotados no que respeita

ao comportamento dos agentes, a Teoria de Agência, que explica economicamente os contratos de delegação e, por fim, a Economia dos Custos de Transação.

1.4.2 Etapa 2: Análise estruturada do contrato – construção da matriz de sistematização.

A segunda etapa inicia o estudo de caso, definido como a análise do contrato de permissão dos serviços de transporte rodoviário interestadual de passageiros, elaborado em um exercício acadêmico pelo Programa de Pós Graduação em Transportes da Universidade de Brasília (PPGT-UnB).

Para tanto, inicialmente se tratará de trazer os conhecimentos adquiridos na revisão bibliográfica para o setor de transportes, traçando correlações entre os conceitos estudados e as características do setor.

Em seguida, será apresentada a metodologia utilizada para a análise estruturada pretendida, o que contemplará a definição dos critérios utilizados na análise, a forma de seleção dos itens a serem avaliados, os elementos de avaliação e a ferramenta de sistematização dos dados.

Considerando que tal sistematização se dará em matriz, elaborada especificamente para este trabalho, serão apresentadas as etapas de sua construção e as ferramentas tomadas como base para a sua elaboração.

Ao final, far-se-á, ainda, a apresentação das características do contrato a ser estudado, colocando-se o contexto de sua criação, a forma de sua elaboração e os objetivos a ele atrelados.

1.4.3 Etapa 3: Análise dos resultados:

A análise dos resultados contemplará a identificação de relações entre os impactos que as cláusulas contratuais exercem sobre os objetivos estratégicos das partes, buscando avaliar a eficiência da estrutura de governança nele estabelecida.

Sendo assim, a análise visará inicialmente à identificação de eventuais choques de incentivos entre uma ou mais cláusulas, ausência de incentivos para alguns objetivos, ou excesso de incentivos para o mesmo objetivo, de maneira que se possa avaliar a que

resultado o contrato, em geral, está levando, e aonde se localizam as brechas contratuais que permitem a ocorrência de comportamentos oportunistas.

Essa análise englobará também a verificação quanto ao alinhamento dos objetivos das partes contratantes, conforme indicado pela Teoria dos Incentivos, para que, tendo elas os seus objetivos satisfeitos da melhor forma possível, a melhor estratégia a ser adotada seja o fiel cumprimento do contrato.

Outro relevante fator de análise diz respeito aos custos gerais associados às características definidas pelo Poder Público para o serviço, bem como dos mecanismos e estruturas concebidos para reger a execução contratual.

Ao final, se verificada a ineficiência da estrutura de governança examinada, fará parte da análise, ainda, a proposta de inclusão, alteração ou retirada de cláusulas, com vistas ao balanceamento da relação, equilibrando-a e reduzindo os custos da transação.

1.4.4 Etapa 4: Conclusões

Após as análises precedentes, a última etapa metodológica diz respeito às conclusões e recomendações acerca do estudo.

1.5 ESTRUTURA DA DISSERTAÇÃO

A fim de cumprir com os objetivos propostos, esta dissertação está estruturada em sete capítulos, listados a seguir.

Capítulo 1 – Introdução: Neste capítulo faz-se uma contextualização do problema abordado, apresentando-se a hipótese a ser analisada, a justificativa para a escolha do tema, os objetivos (gerais e específicos) do trabalho e as etapas metodológicas a serem cumpridas.

Capítulo 2 – Transporte Rodoviário Interestadual de Passageiros: Este capítulo inicia a revisão bibliográfica, propondo-se a uma caracterização do setor com o objetivo de utilizá-lo, posteriormente, em estudo de caso a ser realizado.

Capítulo 3 – Contratos: O capítulo relativo a contratos reúne a discussão a respeito da sua inserção no processo de planejamento apresentando-os também sob os aspectos jurídico e econômico.

Capítulo 4 – Incentivos: Este capítulo apresenta as teorias que fundamentam o presente trabalho, discutindo o conceito de oportunismo e, em seguida, abordando a Teoria de Agência e a Economia dos Custos de Transação.

Capítulo 5 – Análise estruturada de contratos do serviço de transporte coletivo público à luz da teoria dos incentivos: O capítulo 5 traz as teorias até então discutidas para a seara dos transportes, apresentando, ainda, a metodologia adotada para se realizar a análise estruturada pretendida.

Capítulo 6 – Estudo de caso: O sexto capítulo traz um estudo de caso exemplificativo, buscando demonstrar uma das aplicações das teorias debatidas aos contratos de transportes. Nele são apresentados o contrato escolhido para análise bem como os resultados com ela obtidos.

Capítulo 7 – Conclusões e Recomendações: O último capítulo desta dissertação refere-se às conclusões e recomendações do estudo.

2. TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS (TRIP)

2.1 APRESENTAÇÃO

Este capítulo tem a proposta de apresentar o setor do Transporte Rodoviário Interestadual de Passageiros, que servirá como estudo de caso mais adiante, expondo suas características principais, o regime jurídico a ele aplicável, e os principais problemas na execução do serviço.

2.2 A IMPORTÂNCIA ECONÔMICA E SOCIAL DO TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS

Há muito se consolidou o entendimento de que o sistema de atividades está intimamente relacionado com o sistema de transportes. A realização de atividades e a exploração de recursos pelo homem são limitadas à sua capacidade de se deslocar. Uma cidade só pode tomar o tamanho até o qual os seus residentes possam se locomover, minimamente, de casa até o local de trabalho, e quaisquer locais que desenvolvam atividades economicamente produtivas devem estar a uma distância máxima que permita o seu alcance pela população (Morlok, 1978).

No Brasil, país de dimensões quase continentais, optou-se, ainda na década de 1920, pelo modo rodoviário como principal forma de deslocamento, considerando principalmente que a produção de infra estruturas e de veículos desempenhava papel relevante na geração de empregos e renda representando, portanto, crescimento econômico (Brasileiro *et al.*, 2001). O processo teve crescimento acelerado no governo Vargas, que demonstrou grande simpatia pelo setor de transportes rodoviários, culminando, no governo Juscelino Kubitschek, no final dos anos de 1950 e início dos anos de 1960, com a consolidação do seu domínio.

Resultado disso é que o Brasil tem, hoje, conforme dados do boletim estatístico da Confederação Nacional do Transporte (CNT) divulgado em março de 2009, uma malha rodoviária de aproximadamente 1,634 milhão de quilômetros, sendo 211.678 asfaltados, contra, *e.g.*, 29.817 quilômetros de ferrovias. Bem assim, o transporte rodoviário representa 96,2% da matriz de transporte de passageiros, ao passo que o modo

ferroviário e modo aéreo representam 1,37% e 2,45% do total de passageiros transportados, respectivamente.

Diante disso, tem-se que o transporte rodoviário, seja de cargas, seja de passageiros, é o mais acessível, compreendendo boa parte da rede de transportes de uma região e representa o principal meio de interligação com os outros modos de transporte consideravelmente menos desenvolvidos (Palhares *apud* Carvalho, 2007). Com efeito, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, as principais atividades do setor de transportes foram responsáveis por aproximadamente 106 bilhões de reais em 2007, dos quais o transporte rodoviário de passageiros representou 36,3%, contra 7,7% de todo o setor ferroviário e metroviário, 8,6% de todo o setor aquaviário e 14,9% do setor aéreo.

Os modos rodoviários adquirem, portanto, caráter estratégico, sobretudo na questão referente ao desenvolvimento regional e à integração nacional. Para Gômara (*apud* Martins, 2004), o sistema de transporte rodoviário de passageiros contribui para a ocupação do território brasileiro, expansão das fronteiras econômicas e sociais, fixação da população no interior do país, ampliação das oportunidades de exploração dos recursos naturais e consolidação do processo de integração social.

Tal relevância foi reafirmada pela Lei n.º 10.233 de 5 de junho do 2001, que insere o transporte rodoviário de passageiros no Sistema Nacional de Viação – constituído pela infra-estrutura viária e pela estrutura operacional dos diferentes meios de transporte de pessoas e bens – o qual tem por objetivo, dentre outros, preservar o interesse nacional, assegurando a sua unidade e a integração regional, além de promover o desenvolvimento econômico e social. Consagra-se, assim, a obrigatoriedade da contribuição do setor para o atingimento desses objetivos.

O transporte rodoviário interestadual de passageiros (TRIP), caracterizado como aquele que transpõe os limites de estado, do Distrito Federal ou de Território; sendo espécie do transporte rodoviário de passageiros compartilha as suas características, inclusive quanto à relevância. Embora não seja um setor amplo, representando 8,7% da receita gerada pelo transporte rodoviário de passageiros e qualificando-se apenas como o 12º serviço em atividade de transporte (IBGE, 2009), sua importância estratégica e de integração é bastante clara. O desenvolvimento de quaisquer atividades que demandem

a transposição de estado e dependam dos modos coletivos de transporte terá relação direta com a disponibilidade do serviço de transporte interestadual de passageiros, sobretudo considerando que o este é responsável por 95% dos deslocamentos interestaduais realizados, e que muitas vezes é o único modo disponível.

A fim de ilustrar o que foi afirmado acima, tem-se os dados do último anuário estatístico da ANTT, publicado em 2008², que mapeou a movimentação de passageiros pelo TRIP entre os centros nacionais e regionais. Para fins dessa pesquisa, a ANTT caracterizou como (i) Grandes Centros Nacionais: Brasília, Rio de Janeiro e São Paulo (ii) Centros Nacionais: Belém, Fortaleza, Recife, Salvador, Belo Horizonte, Curitiba e Porto Alegre e (iii) Centros Regionais: demais Capitais, cidades com população urbana superior a 100.000 habitantes e cidades com fluxo de passageiros per capita igual ou superior a um. Os resultados demonstram que, no ano de 2007, o total de passageiros transportados entre os centros regionais foi 3.961.687, em 529 ligações. Entre centros nacionais e centros regionais tinha-se 170 ligações transportando um total de 3.341.312 passageiros. Entre grandes centros nacionais e centros regionais 159 ligações transportando 5.113.965 passageiros. Entre grandes centros nacionais e centros nacionais foram mapeadas 21 ligações com total 1.918.934 passageiros transportados.

Além das contribuições já citadas, considerando ainda que o deslocamento entre estados é motivado principalmente por viagens de lazer e turismo, o TRIP mostra-se de extrema importância também para esse setor. Ademais, apresenta grande relevância para o transporte de malas e postais, salientando-se o caráter regular, seguro e confiável, traduzido pela saída em dias e horários certos, que atraiu o interesse da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (Gômara *apud* Martins, 2004), culminando na obrigatoriedade do transporte de malas postais. Há, ainda, que se mencionar o transporte de encomendas realizado como atividade econômica complementar, autorizada pela legislação de regência, o Decreto n.º 2.521 de 20 de março de 1998.

² Ainda com dados preliminares

2.3 O TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS COMO SERVIÇO PÚBLICO

A partir do exposto no tópico anterior quanto à importância econômica e social do Transporte Rodoviário de Passageiros e especialmente do TRIP, tem-se a impressão de que a tal serviço deve ser assegurada concretude e efetividade, não podendo ele ser prestado em quaisquer condições. De fato, esse foi o tratamento dado ao serviço em questão, submetendo-o à ingerência estatal para que se promova a sua prestação de forma a melhor atender aos interesses da coletividade. É preciso, portanto, analisar a que categoria jurídica pertence este serviço, e sob que condições (entenda-se, regime jurídico) se dá a sua prestação.

O Estado, ao desenvolver a sua função de alcançar o interesse público, consagrada pelo Estado Democrático de Direito, desenvolve, no âmbito administrativo, uma série de atividades, que podem ser classificadas de acordo com os mais diversos critérios. Justen Filho (2009) propõe uma classificação baseada no tipo de função estatal, segundo a qual as atividades podem ser: (i) conformadoras, que envolvem a restrição de liberdades individuais (ii) prestacionais, que vinculam-se à satisfação de necessidades essenciais vinculadas ou não a direitos fundamentais (iii) regulatórias, que residem na disciplina das atividades privadas e (iv) de controle, que consistem na fiscalização da regularidade das atividades desempenhadas pela própria administração.

Focando as atividades prestacionais, nas quais, em um primeiro exame, é possível enquadrar o transporte público coletivo de passageiros, tem-se divisão proposta por Bandeira de Mello (2009), segundo a qual tais atividades compreendem os serviços públicos e as atividades econômicas. Para o autor, serviços públicos são as atividades materiais que o Estado, inadmitindo que possam ficar relegadas à livre iniciativa, assume como próprias, a fim de satisfazer as necessidades do todo social. Já as atividades econômicas se inserem na alçada dos particulares no exercício da livre iniciativa, mas que, extraordinariamente, podem ser exploradas diretamente pelo Estado.

Paralelamente a estas divisões, encontram-se inseridos os denominados serviços públicos sociais, conceituados como aqueles que, não sendo de titularidade exclusiva do Estado – podendo, assim, ser prestados por particulares – são objeto de grande interesse

coletivo, razão pela qual são prestados simultaneamente pela iniciativa privada, com finalidade lucrativa, e pelo Estado, gratuitamente (Aragão, 2008). É o caso dos segmentos de saúde, educação, cultura, lazer e pesquisa científica.

Dessa divisão, considerando as características do objeto de estudo, interessam ao presente trabalho as atividades definidas como serviços públicos e, embora para entender o regime aplicável a essa categoria seja necessário inicialmente identificar *o que pode* ser considerado como serviço público (Justen Filho, 2009), não há na doutrina um consenso acerca desse conceito. Considerando essas divergências, Aragão (2008) classifica os diversos conceitos existentes conforme a sua abrangência, segundo demonstra tabela sistematizada por Cruz *et al* (2009):

Tabela 2.1: Classificação dos conceitos de serviço público quanto à abrangência

VISÃO AMPLISSÍMA	VISÃO AMPLA
<p>Considera todas as atividades exercidas pelo Estado, ou, quando menos, a um sinônimo da própria Administração Pública, sejam elas externas ou internas, inerentes ou não à soberania, econômicas/potencialmente lucrativas ou não, de polícia administrativa ou de fomento.</p>	<p>Equivale às atividades prestacionais do Estado, ou seja, àquelas que o Poder Público exerce para proporcionar diretamente à coletividade comodidades e utilidades, independentemente de poderem ser cobradas individualmente ou não, ou de serem de titularidade do estado. Abrangeria, dessa forma, os serviços públicos chamados pelo autor de econômicos (remuneráveis por taxa ou tarifa), sociais (que podem ser prestados sem delegação pela iniciativa privada) e os serviços <i>uti universi</i> (inespecíficos e indivisíveis). Excluem-se de tal conceito apenas o poder de polícia administrava e o fomento. O primeiro porque ao invés de prestar utilidade indivíduo, restringe sua liberdade e o segundo porque visa apenas incentivar o mercado e a sociedade a agirem de forma a garantir a realização do interesse público.</p>
VISÃO RESTRITA	VISÃO RESTRITÍSSIMA
<p>Envolve atividades prestacionais que estivessem diretamente ligadas aos indivíduos, podendo seus beneficiários ser identificados e a sua utilização quantificada. A diferença em relação à concepção ampla é que ficariam excluídos os serviços <i>uti universi</i>, insuscetíveis de serem remunerados pelos seus beneficiários diretos.</p>	<p>Contempla apenas os serviços públicos remuneráveis por taxa ou tarifa, devendo ainda ser de titularidade exclusiva do Estado, cuja exploração por entes privados somente é permitida sob a forma de concessão ou permissão. Dessa forma, abrangem apenas às atividades econômicas assumidas pelo ente público.</p>

Fonte Modificada: Cruz, *et al.* (2009).

Várias, portanto, são as abordagens possíveis para a conceituação de serviço público, sendo possível, no entanto, nelas identificar alguns elementos convergentes. A fim de demonstrar a variedade de conceitos e também as semelhanças entre eles, far-se-á um apanhado das definições apresentadas por alguns especialistas da área.

Para Justen Filho (2009, p. 596)

Serviço Público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente executada sob regime de direito público.

Segundo Aragão (2008, p. 157) serviços públicos são

as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocadas pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade.

Já de acordo com Bandeira de Mello (2009, p. 665) é serviço público

toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público.

Pois bem, embora diversos, e tendo-se que alguns conceitos apresentam elementos não considerados em outros, todos eles têm em comum a idéia de relevância social do serviço, voltada ao bem-estar da coletividade; e da titularidade estatal. Parte-se da premissa que é socialmente indesejável a sujeição de tais atividades somente à fiscalização e controle que a administração exerce normalmente sobre as atividades privadas, sendo necessário que o Estado a assuma como própria e a coloque sob um regime específico, que tem a finalidade de proteger do modo mais eficiente possível as conveniências da coletividade e defender a boa prestação do serviço, não só em relação

terceiros que possam obstá-la, mas também em relação ao próprio Estado e ao sujeito que a esteja desempenhando (Bandeira de Mello, 2009).

Conforme adverte Justen Filho (2009), a definição de tais atividades é uma opção política, e varia conforme contingências políticas, econômicas, sociais e culturais dominantes em cada momento da história (Meirelles, 2004). Grotti (*apud* Bandeira de Mello, 2009, p. 665) assim expôs a questão:

Cada povo diz o que é serviço público em seu sistema jurídico. A qualificação de uma dada atividade como serviço público remete ao plano da concepção do Estado sobre seu papel. É o plano da escolha política, que pode estar fixada na Constituição do país, na lei, na jurisprudência e nos costumes vigentes em um dado tempo histórico.

Portanto, para identificar os serviços que se enquadram nessa categoria, é necessário voltar-se para a constituição vigente, examinando as competências atribuídas aos entes públicos, já que ali se fazem presentes todas as atividades que obrigatoriamente foram cometidas à alçada do Poder Público Federal (Bandeira de Mello, 2009).

Retornando ao tema de transportes, o serviço de transporte rodoviário interestadual de passageiros (TRIP) está previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 21, inciso XII, alínea “e”, que atribui à União a competência para “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros” sendo, portanto, inserido no rol dos serviços públicos.

Ressalte-se que o legislador constituinte foi muito feliz nessa disposição, pois considerando a já discutida relevância do serviço, não haveria de ser de outra forma. E se, segundo Justen Filho (2009), a opção política de tornar o serviço público se faz por meio da manifestação legislativa (*publicatio*), não restam dúvidas que o Transporte Interestadual de Passageiros está caracterizado como tal e, portanto, sob a égide do regime público diferenciado que visa resguardar os interesses nele consubstanciados.

2.4 ASPECTOS INSTITUCIONAIS E OPERACIONAIS DO TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS

Previsto constitucionalmente, o transporte rodoviário interestadual de passageiros é tratado na Lei n.º 10.233 de 5 de junho de 2001 e regulamentado pelo Decreto n.º 2.521 de 20 de março de 1998, que traz normas específicas quanto à sua operacionalização. Tendo em vista os objetivos do presente trabalho, a abordagem adotada para a explicitação das características operacionais do serviço passará pela análise desse decreto e da sua lei de regência, com a identificação das características obrigatórias do serviço, do modelo de delegação, das instituições responsáveis pela sua fiscalização e como esta deverá ocorrer.

Inicialmente, faz-se necessário esclarecer que à época da edição do decreto em questão, vale dizer, março de 1998, o órgão responsável pelo setor de transporte rodoviário era o Ministério dos Transportes, e é a ele que se refere o Decreto quando trata de Poder responsável pela delegação, e sempre que se tratar de fiscalização dos serviços. No entanto, com a edição da Lei n.º 10.233, que criou a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), várias atribuições do Ministério dos Transportes foram a ela cometidas, de forma que atualmente se faz necessário o cotejo das atribuições previstas no Decreto n.º 2.521 com a competência estabelecida pela Lei n.º 10.233 para a ANTT.

O Decreto inicia o tratamento da matéria fazendo remissão à sua natureza de serviço público ao estabelecer os princípios gerais aplicáveis à exploração dos serviços de transporte rodoviário interestadual de passageiros. A primeira questão levantada é a necessária observância ao princípio da prestação do serviço adequado ao pleno atendimento pelos usuários, previsto inicialmente na Lei n.º 8.987 de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos. Salienta-se que a norma regulamentadora acrescentou aos critérios previstos naquela lei o da pontualidade – específico ao transporte de passageiros.

Percebe-se, no entanto, a omissão do critério da atualidade, previsto originalmente na Lei n.º 8.987, e por ela conceituado como a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria da expansão do serviço. Apesar disso, não se deve entender que tal critério é inaplicável na aferição da adequação do serviço de TRIP porquanto o próprio decreto, a seguir, determina a

aplicabilidade daquela lei, ao dispor acerca das normas de aplicação subsidiária, dentre as quais enumera: a Lei n.º 8.666 de 21 de junho de 1993, que estabelece o regime jurídico das licitações, a própria Lei n.º 8.987, as leis de repressão ao abuso do poder econômico e de defesa da concorrência, as normas relativas a direito do consumidor e os tratados, convenções e acordos internacionais que vinculem a República Federativa do Brasil.

Os serviços de transporte rodoviário interestadual de passageiros admitem, conforme estabelecido no seu regulamento, duas formas de delegação, quais sejam: permissão, que deve ser sempre precedida de licitação e ocorrerá nos casos de delegação dos serviços regularmente prestados, e a autorização, permitida para a prestação de serviços em caráter emergencial, sob regime de fretamento contínuo e sob regime de fretamento eventual ou turístico.

É necessário chamar atenção ao fato de que, embora precedidas de licitação, as permissões não têm caráter de exclusividade, de forma que cada linha pode ser operada por duas ou mais empresas permissionárias, atendendo, inclusive, ao direito do usuário, previsto na Lei n.º 8.987 quanto à utilização do serviço com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso, e observadas as normas do Poder Concedente. Em defesa da concorrência, a restrição que se faz é quanto à exploração de uma mesma linha por transportadoras que mantenham entre si vínculo de interdependência econômica, como, por exemplo, participação no capital votante ou diretor, sócio-gerente, administrador ou sócios em comum.

A delegação dos serviços em questão dar-se-á mediante processo licitatório, instaurado conforme julgamento de oportunidade e conveniência do Ministério dos Transportes, após realização de estudo de mercado que indique a possibilidade de exploração autônoma do serviço, admitindo-se que pessoa jurídica interessada na sua prestação forneça o referido estudo e solicite a abertura da licitação.

No julgamento da licitação, conforme as disposições do Decreto n.º 2.521, poderão ser considerados os seguintes critérios: (i) o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado após a qualificação das propostas técnicas, (ii) a melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas, e (iii) a combinação dos dois critérios anteriores. A Lei n.º 10.233, que estabeleceu normas para as concessões,

permissões e autorizações outorgadas pela ANTT, reforçou essas disposições, estabelecendo como critérios a menor tarifa ou melhor oferta pelo valor de outorga, considerados isolada ou conjuntamente.

Sendo o TRIP um serviço público, que deve ser prestado em conformidade com as especificações definidas pelo Poder Público, é certo que todas as permissões devem seguir estritamente as normas operacionais estabelecidas no decreto regulamentador do serviço, que perpassam normas gerais para a fixação do itinerário, critérios para a modificação do serviço e regras para transporte de bagagem e encomendas.

Quanto aos aspectos operacionais, inicialmente, tem-se que a permissão é concedida para a exploração de linhas, mas o embarque e desembarque de passageiros pode ocorrer não só nos seus terminais, como também nos respectivos pontos de seção ou pontos de parada. O Decreto conceitua seção como o serviço realizado em trecho de itinerário de linha, com fracionamento do preço da passagem; e ponto de parada como o local de parada obrigatória, ao longo do itinerário, de forma a assegurar, no curso da viagem e no tempo devido: alimentação, conforto e descanso aos passageiros e às tripulações do ônibus. Dessa forma, as seções são definidas conforme autorizado pelo Poder Permitente, e os pontos de parada pelo esquema operacional apresentado pela empresa e aprovado pela ANTT. Note-se que esses elementos terão impacto direto sobre a rentabilidade da linha, sendo, por isso mesmo, objeto de restrição quanto à sua alteração.

Embora seja possível a modificação do serviço, ela é restringida aos casos e limites previstos no regulamento, sendo autorizados: (i) a implantação de seções, (ii) a supressão de seções e (iii) o ajuste de itinerário. A alteração dos pontos de parada é considerada mera alteração operacional, sendo livre desde que comunicada com antecedência mínima de 15 dias à ANTT e o novo ponto de parada não coincida com Terminal Rodoviário, caso em que será necessária aprovação prévia e expressa do órgão regulador.

A implantação de nova seção está condicionada às localidades serem situadas em unidades federativas diferentes, sob pena de invasão de competência dos demais entes federativos; à extensão de cada acesso não exceder a distância de 10 quilômetros do eixo do itinerário da linha; à comprovação da existência de demanda reprimida e à

caracterização da seção como mercado secundário da linha, vale dizer, local que apresente pequeno potencial de geração de demanda, incapaz, por si só, de viabilizar economicamente a implantação de linha nova.

Já a supressão de seção só poderá ocorrer se assegurado o atendimento aos usuários daquela localidade por outro serviço existente, em atenção ao princípio da universalidade do serviço público. Se a permissionária for a única operadora da seção a ser suprimida, é necessário que ela apresente estudos demonstrativos da antieconomicidade da prestação do respectivo serviço.

O ajuste de itinerário, por sua vez, compreende as situações em que haja entrega ao tráfego de obras rodoviárias novas, desde que pertinentes ao percurso original e impliquem redução do tempo de viagem ou da extensão total do itinerário, ocorrendo a renúncia da empresa à execução do serviço pelo itinerário anterior. Faz-se devida, também, a redução proporcional da tarifa decorrente do encurtamento da viagem.

Ainda no tema das alterações, é interessante notar que inicialmente a permissão concedida diz respeito somente aos serviços regulares, vale dizer, aqueles executados em veículo especificado no contrato, com frequência mínima estabelecida pelo Poder Público, mas o permissionário pode, a título de alteração operacional (livre, desde que previamente comunicada), implantar serviços diferenciados, que são aqueles executados no itinerário da linha, empregando equipamentos de características especiais e tarifa compatível com o serviço. Segundo o disposto no Decreto n.º 2.521, consideram-se serviços diferenciados o serviço de carro-leito, com ou sem ar condicionado, e o serviço executivo.

O serviço diferenciado, portanto, seguirá esquema operacional determinado conforme a vontade do permissionário, havendo restrição apenas no tocante à implantação de seção nesse serviço, que está sempre condicionada à sua existência no serviço convencional da linha. Isso porque o serviço de caráter público, protegido pelo regime jurídico administrativo, com tarifas e características definidas pelo Poder Público é o serviço básico, que deve ser garantido da forma mais ampla possível em atenção ao princípio da universalidade.

Por fim, a permissão para a execução do TRIP engloba, além da implantação de serviços diferenciados, a possibilidade de realização de serviços acessórios, definidos pelo Decreto como os de transporte de malas postais e encomendas e a exploração de publicidade nos veículos. O transporte de encomendas, no entanto, deve observar regras, como a utilização do espaço remanescente, priorizadas a bagagem dos passageiros e a das malas postais; e a garantia da segurança dos passageiros e de terceiros, razão pela qual deverá ser respeitado o peso bruto total máximo do veículo e por eixo e a relação entre a potência líquida/peso bruto total máximo. Bem assim, é vedado o transporte de produtos considerados perigosos ou aqueles que por sua forma ou natureza comprometam a segurança do veículo.

Diante de inúmeras exigências operacionais estabelecidas pelo Decreto n.º 2.521, para aferição de sua observância e também da qualidade mínima dos serviços, são fixados por aquela norma uma série de critérios, nela tratados como indicadores de boa qualidade dos serviços prestados, quais sejam: (i) as condições de segurança, conforto e higiene dos veículos, dos pontos terminais, dos pontos de parada e de apoio (ii) o cumprimento das condições de regularidade, continuidade, pontualidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade e cortesia na respectiva prestação³ (iii) a garantia da integridade das bagagens e encomendas (iv) o índice de acidentes em relação às viagens realizadas e (v) o desempenho profissional do pessoal da transportadora. Dispõe, ainda, que o Ministério dos Transportes procederá ao controle permanente da qualidade dos serviços, inclusive valendo-se da realização de auditorias, especialmente para a avaliação da capacidade técnico-operacional da transportadora. Tal atribuição hoje cabe à ANTT por força do disposto no art. 26, inciso VII, da Lei n.º 10.233, que estabelece ser atribuição específica daquela agência, pertinente ao transporte rodoviário, a fiscalização do cumprimento das cláusulas contratuais da permissão para a prestação dos serviços.

³ Os critérios referidos no inciso em questão dizem respeito aos critérios do serviço adequado, bem como aos princípios do serviço público, assim com definidos pela maior parte da doutrina. Meirelles (2004) aponta como princípios do serviço público a permanência (continuidade), generalidade, eficiência, modicidade e cortesia. Para Carvalho Filho (2007), são aplicáveis ao serviço público os princípios da generalidade, continuidade, eficiência e modicidade. Araújo (2005) enumera os princípios da continuidade, mutabilidade do regime jurídico e igualdade dos usuários.

Para manutenção das operações e do padrão de qualidade exigido, o decreto regulamentar do TRIP estabelece normas de fixação da tarifa, de forma que seja respeitado o equilíbrio econômico financeiro do contrato e atendida a modicidade tarifária, fixando critérios de levantamento do custo do serviço e de reajuste e revisão das tarifas. Tais objetivos são consubstanciados na determinação de que a tarifa destina-se a remunerar adequadamente os custos do transporte oferecidos em regime de eficiência e os investimentos necessários à sua execução, bem como possibilitar a manutenção do padrão de qualidade exigido da transportadora. Para a determinação dos custos, portanto, a ANTT deverá elaborar estudos técnicos, que vão embasar também o reajuste da tarifa contratual, o que se verificará a partir da variação ponderada dos índices de custos ou preços relativos aos principais componentes de custo relativos à formação da tarifa. Além do reajuste a empresa permissionária poderá pleitear a revisão de tarifa sempre que houver modificação do contrato que altere os seus encargos, ou instituição ou alteração de tributos de comprovada repercussão na tarifa.

Todas as disposições acima elencadas, tanto relativas aos aspectos operacionais quanto a financeiras e de controle do serviço, devem estar consubstanciadas em instrumento contratual que, conforme previsto pelo Decreto n.º 2.521, reproduzindo também os termos da Lei n.º 8.987, será um contrato de adesão e constitui espécie do gênero contrato administrativo, razão pela qual o mesmo se submete ao regime desses contratos. Sendo assim, há a possibilidade de instituição de cláusulas exorbitantes, como a alteração unilateral do contrato, a extinção antecipada por interesse do Poder Público e a fiscalização e intervenção na execução do contrato.

O contrato, nos termos do § 1º do art. 56 da Lei n.º 8.666, deve estabelecer com clareza e precisão as condições para a sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam. Sendo assim, o Decreto n.º 2.521 estabeleceu como cláusulas obrigatórias tanto aquelas que caracterizam o objeto do contrato, como a especificação da linha a ser explorada, e do prazo da permissão – inicialmente estabelecido pelo Decreto como de 15 (quinze) anos – o itinerário e a localização dos pontos terminais, de parada e de apoio, quanto cláusulas relativas às especificações técnicas mínimas exigidas para o serviço, aos indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da sua qualidade, aos casos de revisão da tarifa, aos direitos, garantias e

obrigações das partes contratantes, às penalidades contratuais aplicáveis e aos casos de extinção da permissão, entre outros.

Dentre esses tópicos, é interessante notar que o próprio Decreto n.º 2.521 coloca em seu Capítulo VIII alguns encargos do Poder Concedente e da Transportadora, destacando-se as obrigações do Poder Concedente, já bem consolidadas, inclusive, a partir dos outros dispositivos normativos tratados até o momento: (i) fiscalizar permanentemente a prestação do serviço delegado e coibir o transporte irregular, não permitido ou autorizado, (ii) aplicar as penalidades regulamentares e contratuais, (iii) proceder à revisão das tarifas e fiscalizar o seu reajustamento e (iv) extinguir a permissão nos casos previstos no próprio decreto.

Para a Transportadora, os encargos identificados como mais relevantes são (i) a obrigação de prestar serviço adequado, nos termos da legislação pertinente, (ii) prestar contas do serviço à ANTT nos termos definidos no contrato, (iii) permitir aos encarregados da fiscalização livre acesso, em qualquer época, às obras, aos equipamentos e às instalações integrantes do serviço, bem como a seus registros contábeis e estatísticos e (iv) zelar pela manutenção dos bens utilizados na prestação dos serviços. Qualquer descumprimento a essas obrigações e encargos, ou a quaisquer outros previstos contratualmente, pode gerar a aplicação das penalidades previstas no decreto regulamentador, conforme o caso, quais sejam: multa, retenção de veículo, apreensão de veículo ou declaração de inidoneidade.

O descumprimento de obrigações, tanto por parte do Poder Concedente quanto pela Permissionária, pode ainda gerar a extinção da delegação. Segundo o disposto no art. 24 do Decreto n.º 2.521, o contrato de permissão, para os serviços de transporte rodoviário interestadual de passageiros extingue-se por: (i) advento do termo contratual, (ii) caducidade, (iii) rescisão, (iv) anulação, (v) falência ou extinção da transportadora, e (vi) encampação. As modalidades de extinção previstas são as mesmas da Lei n.º 8.987 que, no intuito de esclarecê-las, dispõe considerar-se “encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público” e que a caducidade ocorre nos casos de inexecução total ou parcial do serviço.

O Decreto n.º 2.521, por sua vez, define as hipóteses específicas para o TRIP em que a Permissionária incorrerá em caducidade, trazendo disposições como o descumprimento

de cláusulas contratuais; a paralisação do serviço por mais de 15 dias consecutivos; executar menos da metade do número de frequências mínimas, durante o período de noventa dias consecutivos ou alternados; não atender intimação para regularizar a prestação do serviço e apresentar elevado índice de acidentes aos quais a transportadora ou seus prepostos haja dado causa. Ressalte-se que a declaração de caducidade deve ser sempre precedida de processo administrativo que verifique a inadimplência da transportadora em suas obrigações, assegurado o contraditório e a ampla defesa.

A última figura sobre a qual se faz necessário comentar é a rescisão. Nesse ponto, cabe ressaltar que, embora nem a lei, nem o Decreto façam qualquer comentário, a doutrina a divide em hipóteses de rescisão amigável, que ocorre de comum acordo entre os contratantes e é formalizada por instrumento rescisório, e a rescisão judicial, decorrente da desconstituição do contrato administrativo decretada por autoridade judicial, a pedido do particular, quando a Administração, de algum modo, descumpra as obrigações pactuadas (Carvalho Filho, 2007). Considerando que ao particular não é facultada a modificação ou extinção unilateral do contrato, como é à Administração Pública, em caso de descumprimento de quaisquer obrigações ou encargos pelo Poder Público, ele deverá buscar a tutela jurisdicional, a fim de se desincumbir das suas obrigações contratuais. Essa hipótese está prevista no Decreto n.º 2.521 no art. 26, que possibilita a rescisão do contrato de adesão pelo particular desde que atendidas às condições do art. 39 da Lei n.º 8.987, o qual prevê justamente a necessidade de declaração judicial para este fim.

2.5 PROBLEMAS NA EXECUÇÃO DO SERVIÇO

No tópico anterior foram apresentadas as principais regras aplicáveis à permissão dos serviços de Transporte Rodoviário Interestadual de Passageiros, consubstanciadas principalmente na Lei n.º 10.233, na Lei n.º 8.987 e no Decreto n.º 2.521. Essas normas estão retratadas nos editais de licitação e nos contratos de permissão do serviço, reforçando o seu cumprimento obrigatório e tornando o seu inadimplemento passível de sanções contratuais.

As penalidades e a possibilidade de caducidade serviriam como mecanismo de incentivo para que o contrato fosse devidamente cumprido, embora, a prática demonstre que tais incentivos não têm sido suficientes para alcançar o objetivo a que se propõem. Muitas

vezes, condições impostas aos permissionários tornam mais conveniente descumprir o contrato e sofrer a penalidade, do que cumpri-lo.

Conforme dados do Relatório de Gestão de 2008 disponibilizado no sítio eletrônico da ANTT, a agência, naquele ano, fiscalizou 368.442 veículos, tendo sido aplicados 13.587 autos de infração, por motivos diversos. Apenas no que tange à apuração de fatos de natureza grave que ensejam revisão da delegação, por ilegalidade, ou a aplicação de penalidade, foram concluídas 82 Comissões de Processo Administrativo no ano de 2008 e, além dessas, instaladas outras 48, estando em andamento, em dezembro de 2008, 108 processos.

Além das infrações autuadas, o descumprimento contratual se evidencia também pelas reclamações dos usuários registradas pela ouvidoria da ANTT. De acordo com o relatório anual daquele órgão, referente ao ano de 2008, foram recebidas 141.215 manifestações, das quais 72.052 foram referentes ao serviço de transporte rodoviário interestadual de passageiros, excetuando-se o transporte semi-urbano. Para o setor, foram registradas 6.501 reclamações, 321 elogios e 91 sugestões. A tabela abaixo representa as principais reclamações dos usuários quanto ao serviço.

Tabela 2.2: Principais motivos de reclamação quanto ao serviço de Transporte Rodoviário de Passageiros (modificado – ANTT, 2008)

TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE PASSAGEIROS*	
RECLAMAÇÕES	
5 MOTIVOS MAIS FREQUENTES	Quantidade
Mau Atendimento/Descortesia	1.266
Manutenção	1.028
Falta de Pontualidade	666
Operação Irregular ou clandestina	484
Descumprimento do Estatuto do Idoso	442

* Exceto semi-urbano

Como se vê, todos os aspectos apontados como alvo de reclamação encontram obrigação correspondente na legislação de regência. A cortesia na prestação do serviço é requisito do serviço adequado, referido expressamente pela Lei n.º 8.987 e pelo

Decreto n.º 2.521, como princípio do serviço público. A pontualidade é também colocada como requisito do serviço adequado pelas disposições daquele decreto regulamentador. Bem assim, a manutenção dos bens utilizados na prestação do serviço, inclusive veículos, é dever expressamente consignado no art. 34, inciso VI, do Decreto n.º 2.521.

No tocante ao Estatuto do Idoso, embora sua aplicação não seja prevista diretamente pela legislação diretamente relacionada ao TRIP, é lei de caráter nacional, aplicável indistintamente a todos os entes da federação, em todas as esferas de atuação, de forma que não poderia, jamais, a transportadora se escusar do seu cumprimento. Entretanto, conforme informações do Relatório Anual da Ouvidoria, muitas empresas recorrem ao Poder Judiciário para não conceder a gratuidade determinada por aquela norma e, hoje, algumas permissionárias possuem decisões judiciais favoráveis que impedem a ANTT de autuá-las não apenas pela recusa do benefício, mas por qualquer das infrações relacionadas na Resolução ANTT n.º 233/2003. Assim, nesses casos a agência reguladora fica impedida de coibir até mesmo infrações graves, que põem em risco a segurança dos passageiros.

Dessa forma, a partir de reclamações de cidadãos-usuários, em 2008 foram autuados 439 processos administrativos pela Ouvidoria da ANTT. Segundo informações da Agência, houve aumento significativo em relação ao ano anterior, que se deve à maior quantidade de processos relativos a descumprimento do Estatuto do Idoso, recusa de Passe Livre das pessoas com deficiência e manutenção dos veículos.

Além das já mencionadas, o relatório em questão aponta ainda outras infrações: “Apesar de não figurar entre os cinco motivos mais frequentes, as reclamações sobre comprometimento de segurança dos veículos somaram 318 em 2008, entre as quais há várias queixas sobre a ausência de cintos de segurança para os passageiros. Sobre este tópico, considera-se importante comentar que o art. 2º da Resolução n.º 14/98 do Conselho Nacional de Trânsito - CONTRAN estabelece a não exigência de cinto de segurança nos ônibus produzidos até 1º de janeiro de 1999. Porém, o Decreto 2.521/1998, que dispõe sobre a exploração mediante permissão e autorização de serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, estabelece

em seu art. 29, inciso VI, que é um direito do usuário ser transportado com segurança do início ao término da viagem”.

Não obstante as infrações mapeadas, os processos administrativos iniciados para a sua apuração e os autos de infração efetivamente aplicados, com as suas respectivas penalidades, estes não têm sido suficiente para desmotivar as operadoras no cometimento de novas transgressões. Com efeito, grande parte das multas aplicadas não são objeto de pagamento pelas empresas permissionárias, a despeito da utilização de mecanismos administrativos, como a impossibilidade de apresentar recurso se houver multa pendente de pagamento, na tentativa de aumentar a sua exigibilidade. Por outro lado, da mesma forma que ajuízam ações para evitar ter que conceder a gratuidade prevista no Estatuto do Idoso, as empresas também recorrem ao Judiciário para escusar-se do pagamento de multas aplicadas, que ficam suspensas em função da concessão de decisões cautelares ou antecipação de tutela.

Os problemas na execução do contrato, no entanto, não se esgotam em questões simplesmente operacionais do serviço; tem-se ainda a alteração do objeto contratual por força de decisões liminares. Fenômeno muito comum tem sido a ampliação da linha ou inclusão de novos itinerários nos serviços já executados, em desacordo com critérios técnicos e operacionais estabelecidos pela legislação de regência. Em muitos casos, sob o argumento de que o serviço não pode deixar de ser prestado em determinadas localidades, são atribuídas a empresas a execução do serviço sem que se realize o necessário processo licitatório, ou mesmo sem a aferição das condições técnicas da empresa em executar o serviço regularmente.

Importante ressaltar que o presente trabalho não tem a pretensão de levantar um debate acerca da legitimidade ou não das decisões em questão. Apenas se demonstra uma falha no planejamento e execução do serviço que leva à necessidade de intervenção judicial, dificultando o controle da Agência sobre a sua operação e elevando os custos regulatórios. A título de ilustração do que se expõe, tem-se que dados do anuário estatístico de 2008 referentes ao TRIP apontam 49.460 viagens realizadas em serviços operados por decisão judicial, num total de 90 linhas. Nessas, estão inclusas linhas de elevada demanda como, por exemplo, Cuiabá (MT) – Rio de Janeiro (RJ), com total de 96.565 passageiros transportados em 1.466 viagens realizadas.

Ainda mais graves, considerando a natureza do serviço em questão, são os casos de conflito que levam à inviabilização do serviço. Segundo dados do Relatório de Gestão Anual de 2008, naquele ano, em decorrência das decisões por parte do Poder Judiciário e das Comissões de Processos Administrativos - CPA's instauradas para averiguação de condutas das empresas, bem como por solicitação das permissionárias, foram paralisados 109 serviços entre regulares, complementares e diferenciados.

3. CONTRATOS

3.1 APRESENTAÇÃO

O presente capítulo tem como objetivo a discussão acerca de aspectos teóricos dos contratos, combinando a análise jurídica desse instituto com a análise econômica.

Inicialmente, é feita uma contextualização da discussão, buscando-se demonstrar como o contrato pode se enquadrar no processo de planejamento, funcionando como instrumento de ação e de gestão.

Em seguida, tem-se a análise jurídica. É necessário ressaltar, entretanto, que tendo em vista que o objeto deste trabalho é o estudo de comportamentos oportunistas e de como os contratos podem coibi-los, esta análise não se dedica a examinar a legislação aplicável aos contratos, mas sim a considerar os princípios contratuais que visam à proteção contra os comportamentos, e que fundamentam e dão origem às disposições legais aplicáveis. Assim, busca-se entender como os contratos são percebidos pelo Direito, qual é o seu conceito, a que se prestam, e para quê existem no ordenamento jurídico.

Após, é realizada uma análise econômica dos contratos, passando pelas teorias e pressupostos que embasam o estudo contratual nessa ciência a fim de verificar o seu papel no estudo das relações econômicas, apresentando algumas linhas de estudo desse instituto e, por fim, já que este trabalho tem por objetivo estudar contratos de delegação de serviços públicos, abordando brevemente a sua relação com o ambiente regulatório em que se insere.

3.2 CONTRATOS COMO INSTRUMENTO DE PLANEJAMENTO, GESTÃO E CONTROLE

3.2.1 Planejamento: aspectos gerais

Tancredi *et al* (1998), discorrendo acerca de planejamento, o analisam, de forma bastante simples, como o processo de determinar aonde se quer chegar e tomar as decisões pertinentes que levarão ao ponto desejado. Em seguida, afirmam: “planejar é a arte de elaborar o plano de um processo de mudança. Compreende um conjunto de conhecimentos práticos e teóricos ordenados de modo a possibilitar interagir com a

realidade, programar as estratégias e ações necessárias, e tudo o mais que seja delas decorrente, no sentido de tornar possível alcançar os objetivos e metas desejados e nele preestabelecidos”.

Para Levey e Loomba (*apud* Tancredi *et al*, 1998, p. 13)

planejamento é o processo de analisar e entender um sistema, avaliar suas capacidades, formular suas metas e objetivos, formular cursos alternativos de ação para atingir essas metas e objetivos, avaliar a efetividade dessas ações ou planos, escolher o(s) plano(s) prioritário(s), iniciar as ações necessárias para a sua implantação e estabelecer um monitoramento contínuo do sistema, a fim de atingir um nível ótimo de relacionamento entre o plano e o sistema.

Güell (2006), analisando planejamento a partir de uma visão estratégica e aplicado às cidades, o define como uma processo sistemático, criativo e participativo que assenta as bases de uma atuação integrada a longo prazo, que define o modelo de desenvolvimento futuro, que formula estratégias e cursos de ação para alcançar o referido modelo e que envolve os agentes locais ao longo de todo o processo.

Dos conceitos apresentados, é possível apreender alguns pontos em comum: (i) o entendimento do planejamento como um processo, (ii) a interação com um sistema, (iii) a existência de um modelo futuro ideal, com a definição de objetivos a atingir e (iv) o desenvolvimento de estratégias e ações para atingi-lo. A esses elementos, Levey e Loomba agregam a necessidade de monitoramento contínuo enquanto Güell chama atenção para a necessidade de envolvimento dos agentes locais e participatividade no processo.

Desenvolvendo essas idéias, Tancredi *et al* (1998) estabelecem uma série de características inerentes ao planejamento, destacando alguns aspectos relevantes. Assim, em busca da desmistificação do que seja planejamento, afirmam que este não se confunde com plano, porquanto este último é um documento enunciativo das conclusões de acordos indicando para onde se quer conduzir o sistema e, portanto, efêmero, enquanto o planejamento constitui um processo que deve ser desenvolvido permanentemente.

Güell (2006), analisando os desafios encontrados por aqueles que se propõem a planejar, aponta como principais: a complexidade dos sistemas, a diversidade de características e interesses e a incerteza que envolve o futuro, elementos que demandam flexibilidade em sua análise e, principalmente, em quaisquer instrumentos que se proponham à sua manipulação. Nessa linha, Tancredi *et al* (1998) advertem quanto à ineficácia da adoção inflexível de um único documento como forma de chegar a um objetivo determinado, ressaltando que a riqueza do planejamento está no processo em si de analisar o ambiente e os sistemas, e chegar a definir o que se quer, e como alcançá-lo.

Galindo (2009) afirma que não se deve pensar que o planejamento age sobre o objeto em uma relação unidirecional. Para o autor, deve-se considerar que o planejamento também sofre alterações, estabelecendo, dessa forma, uma relação bidirecional em que o planejamento afeta o objeto, conduzindo-o para o estado desejado, e o objeto, de acordo com suas características, altera também o planejamento. Kölb e Knoflacher (2008), citando Sterman, destacam que as decisões decorrentes do planejamento podem alterar o estado do sistema (de transportes) inteiro, o que desencadeia novas situações, considerando o seu efeito dinâmico.

Complementando, a fim de que tal processo transcorra corretamente, Tancredi *et al* (1998) adotam o pressuposto exposto no conceito de Güell, segundo o qual é necessário o envolvimento dos agentes no processo de planejamento. Para eles, o planejamento deve ser realizado pelos atores envolvidos na ação, sendo o planejador efetivamente apenas um facilitador desse processo.

Nesse sentido, vale lembrar a lição de Güell (2006), segundo a qual um planejamento estratégico deve envolver desde o início o conjunto dos agentes públicos e privados que incidem de forma significativa na dinâmica da cidade. Segundo o autor, rechaça-se a idéia de planejamento burocratizado e se aposta em um processo descentralizado, ativo e orientado a informar, conscientizar, dinamizar e mobilizar o conjunto de agentes sociais em torno de um objetivo comum. Para tanto, define passos a serem seguidos, que incluem: (i) identificar os grupos de influência, (ii) difundir o processo de planejamento (iii) acordar a estratégia geral do plano (iv) obter o seu compromisso participativo (v) articular a sua participação no plano.

Envolvendo uma ampla gama de atores da sociedade civil, o planejamento participativo cria uma cultura de compromisso, uma vez que exerce forte poder de aglutinação de pessoas e grupos, os quais passam a compreender e conviver com os anseios dos demais atores. A negociação entre grupos se torna mais fácil, ampliando o compromisso de todos com a concretização dos ideais (Tancredi *et al*, 1998).

A par do exposto, vale ainda ressaltar que um planejamento efetivo, embora compreenda a fixação de uma visão, um modelo ideal, não se resume a enunciar desejos ou intenções. Tancredi *et al* (1998), citando Drucker, declaram que o futuro, para acontecer, não depende de que alguém o deseje com intensidade; requer decisões e ações imediatas. Assim, o planejamento deve apresentar objetivos factíveis e alcançáveis, acomodando-se, também, às restrições impostas ao ambiente.

Nesse contexto, o planejamento, qualquer que seja o objeto, deve contemplar estratégias e ações que atraiam os agentes envolvidos para o seu cerne, agregando a eles funções determinadas, no âmbito de sua atuação, e atribuindo a eles também a responsabilidade pela tomada de decisões que, diante das restrições impostas pelo sistema, levarão à implementação do plano desenvolvido e ao alcance dos objetivos traçados.

3.2.2 Métodos de planejamento

Várias foram as metodologias desenvolvidas na tentativa de estabelecer a melhor forma para se realizar o planejamento, podendo-se agrupá-las de acordo com os fundamentos e premissas por elas adotados.

Inicialmente, a proposta para um planejamento eficiente surgiu a partir do que atualmente se conhece como planejamento tradicional, que encadeia uma série de tarefas e atividades seqüenciais na busca por uma solução racional para os problemas observados em um determinado sistema. Nessa visão, parte-se da identificação de um problema e, com a aplicação de técnicas e ferramentas científicas, se consegue gerar alternativas à sua resolução, o que, em última instância, levaria o objeto do planejamento ao estado desejado. Morlok (*apud* Galindo, 2009), ao analisar o planejamento do sistema de transportes, estabelece um esquema de cinco etapas, apresentado na figura a seguir, que resumem bem o entendimento do planejamento tradicional.

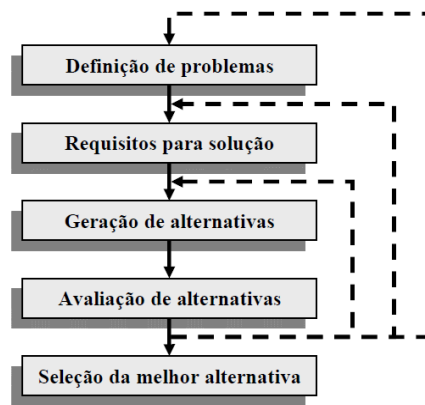


Figura 3.1 – Planejamento da engenharia de transportes (Morlok *apud* Galindo, 2009)

Esse método de planejamento tradicional se fundamenta na noção do diagnóstico como explicação da realidade. Há um ator que planeja, sendo os demais simples agentes econômicos com reações completamente previsíveis, porque seguem leis e obedecem a prognósticos de teorias sociais bem conhecidas. O objeto é possível de ser apreendido e compreendido completamente pelo sujeito que, uma vez tendo conhecido o objeto, passa a conhecer todas as leis que o regem, resultando numa total possibilidade de previsão (Magalhães e Yamashita, 2009). O diagnóstico é a verdade sobre a realidade e, portanto, é o único possível, não cabendo explicações alternativas dos demais atores (Migliato e Escrivão Filho, 2003). Embora se admita que o ator que planeja não controle todas as variáveis, as não-controladas não são importantes ou determinantes.

Em função dessas características, o planejamento tradicional apresenta caráter normativo e vinculante, com acentuada separação entre o desenho e a execução. (Güell, 2006). É também impessoal, embora os adeptos desse método prefiram caracterizá-lo como neutro, porque amparados na boa técnica de planejamento (De Toni, 2004).

O planejamento estratégico, por sua vez, reconsidera as premissas adotadas pelo planejamento tradicional, estruturando-se conforme as características discutidas na seção anterior. Dessa forma, o enfoque do planejamento se dá no processo, e não mais no plano em si, considerando a mutabilidade e dinamicidade do objeto (sistema) planejado e, principalmente, estabelecendo-se a visão estratégica em processo participativo, de diálogo com os agentes envolvidos significativamente com o objeto.

Güell (2006) descreve o planejamento estratégico a partir das seguintes características:

- Predomínio do processo
- Enfoque integrado e coordenado (em oposição ao planejamento tradicional setorializado e descoordenado)
- Propostas indicativas (construídas a partir de um processo participativo, e não normativas e unilaterais)
- Orientado à demanda (que se entende ser heterogênea e fragmentada)
- Superação dos limites administrativos territoriais
- Participação focalizada dos atores (em oposição a assembleias abertas, que diluem o debate)

Desenvolvendo o método estratégico de planejamento, Matus (1997) elabora uma proposta de Planejamento Estratégico Situacional (PES), que tem o objetivo de submeter à vontade humana o curso dos acontecimentos que determinam uma direção e uma velocidade à mudança de um contexto. Para Galindo (2009), esse método pretende ser uma opção para o planejamento governamental sem as supostas falhas do planejamento tradicional, e sem a simples adoção do planejamento estratégico empresarial no poder público.

A proposta de Matus fundamenta-se a partir de uma nova visão da realidade, em que sujeito não se relaciona apenas externamente com o objeto planejado, mas nele se insere, juntamente com outros atores. Não seria possível, portanto, o conhecimento do objeto como “coisa-em-si”, mas tão somente como fenômeno, aparência, determinada a partir da intenção do sujeito com relação ao objeto. Equivale a dizer que cada sujeito enxerga o objeto através de uma lente/filtro particular (Magalhães e Yamashita, 2009).

Desse modo, o PES considera as diversas percepções e explicações de todos os atores envolvidos na situação. Cada ator, possuindo experiência, conhecimento e valores próprios, possui também uma explicação diferente sobre a realidade. Não se utiliza a noção de diagnóstico, mas parte-se de explicações situacionais (Migliato e Escrivão Filho, 2003). Há, assim, a necessidade de envolvimento dos diversos atores para o desenvolvimento de uma visão plural, pois somente dessa forma o objeto pode ser definido de uma forma mais adequada ao planejamento (Magalhães e Yamashita, 2009).

Ademais, o PES parte do pressuposto de que a realidade é conformada a partir da atuação humana coletiva, na qual, cada indivíduo se insere, mas sozinho nada pode realizar. Conforme explica Matus (1997), todos os homens em sociedade produzem e são responsáveis pelo curso dos acontecimentos, mas, individualmente, não se reconhecem nos resultados dessa produção. Tendo em vista essa separação, ele classifica a ação humana naquela proveniente do que chama de *homem coletivo*, e de *homem indivíduo*, ressaltando que somente a força do *homem coletivo* “pode encarnar a vontade humana e enfrentar a correnteza dos fatos para desviar o seu curso em direção a objetivos racionalmente decididos” (Matus, 1997, p. 13).

No entanto, adverte o autor, este *homem coletivo* não é independente do *homem individual*, haja vista que dele é composto, e, dessa forma, não tem objetivos ou intenções homogêneas. Assim, para que tenha condições de atuar como ator de um plano, deve estimular a consciência social de cada homem indivíduo, agora agrupado com diversos outros homens com interesses e visões mais ou menos comuns, a fim de conformar a força social que opta por resistir à condução pelos acontecimentos, submetendo a realidade à sua vontade.

Dessa maneira, Matus (1997) apresenta o planejamento como um problema entre homens, ao invés de simples interação entre um homem e um objeto. Para ele, a relação

Homem → Instrumento → Objetivos

não pode servir para a estruturação de um planejamento, porquanto por trás da validade desses objetivos, estão os próprios homens, com seu valores, ideologias, e razões humanas e, por trás da eficácia dos instrumentos, estão também os homens, com suas predisposições, reações e comportamentos sociais.

Deve-se considerar, portanto, que o planejamento se desenvolve em meio ao que o autor denomina de jogo social, no qual cada um dos atores influencia uma operação ou plano de acordo com a intensidade de seus interesses e o seu poder de decisão/definição (Matus *apud* Galindo, 2009). Dessa forma, a capacidade de previsão situacional e suas técnicas devem substituir a previsão determinística, normativa e tradicional. Desta percepção decorre a necessidade de elaborar estratégias e desenhar operações para cenários alternativos e surpresas, muitas vezes, não imagináveis. Pensar

estrategicamente neste novo enfoque pressupõe colocar as relações iniciativa-resposta de agentes criativos no lugar das relações causa-efeito, típica dos sistemas naturais (De Toni, 2004).

No jogo social, as regras são desiguais entre os participantes e as possibilidades de ações dos outros jogadores não são finitas e nem sempre enumeráveis (Huertas *apud* Migliato e Escrivão Filho, 2003). Matus (*apud* Migliato e Escrivão Filho, 2003) ressalta que o ambiente em que desenvolvem as estratégias é semi-controlado, de onde decorre que em determinadas ocasiões, a previsibilidade do sistema aumenta, possibilitando calcular resultados com alta margem de segurança. Em outras, só é possível fazer apostas sobre um futuro nebuloso, difuso e indeterminado, apoiadas em determinadas variáveis sobre as quais não se tem um controle completo.

Para De Toni (2004), os problemas sociais são mal-estruturados, no sentido de que o conjunto de variáveis que influenciam os juízos estratégicos dos demais agentes sociais envolvidos não é dominado, controlado ou sequer conhecido. Não há, portanto, como determinar com exatidão as possibilidades de eficácia do plano ou os resultados esperados em cada ação.

Assim é que, quando desenvolvido na vida real, um plano qualquer está em meio a incertezas, surpresas, imprecisões, apoios e rejeições de outros atores de forma que não é possível basear-se somente no determinismo das leis científicas precisas ou em um diagnóstico objetivo da realidade. Antes, é necessário considerar essas incertezas, governando-se a realidade a partir de apostas fundamentadas em cálculos, que poderão converter-se em certeza absoluta ou num caso de sorte ou azar, dependendo do controle que se possua sobre as diversas variáveis que influenciam o plano (Migliato e Escrivão Filho, 2003).

Com efeito, os recursos de que precisa o ator que planeja podem ser controlados por outros atores. Em determinada situação conflitante, por exemplo, a eficácia das decisões de uma força social pode ser influenciada pelas decisões incertas e desconhecidas de outras forças, sejam elas opostas ou aliadas (Migliato e Escrivão Filho, 2003).

O planejamento, portanto, deve centrar sua atenção na conjuntura, no jogo imediato dos atores sociais. O contexto conjuntural do plano, que representa uma permanente

passagem entre o conflito, a negociação e o consenso, é onde tudo se decide (De Toni, 2004).

3.2.3 O Modelo Geral de Planejamento, Acompanhamento e Gestão

Seguindo a linha do planejamento situacional, especialmente no que se refere à visão do sujeito como parte integrante do objeto planejado e à forte participação dos tomadores de decisão de forma que o escopo do plano seja, necessariamente, um compromisso político-social, Magalhães e Yamashita (2009) propõem um modelo esquemático de planejamento integrado que leve em consideração etapas de acompanhamento, planejamento e gestão do sistema. As etapas propostas para o modelo estão sistematizadas na figura abaixo.

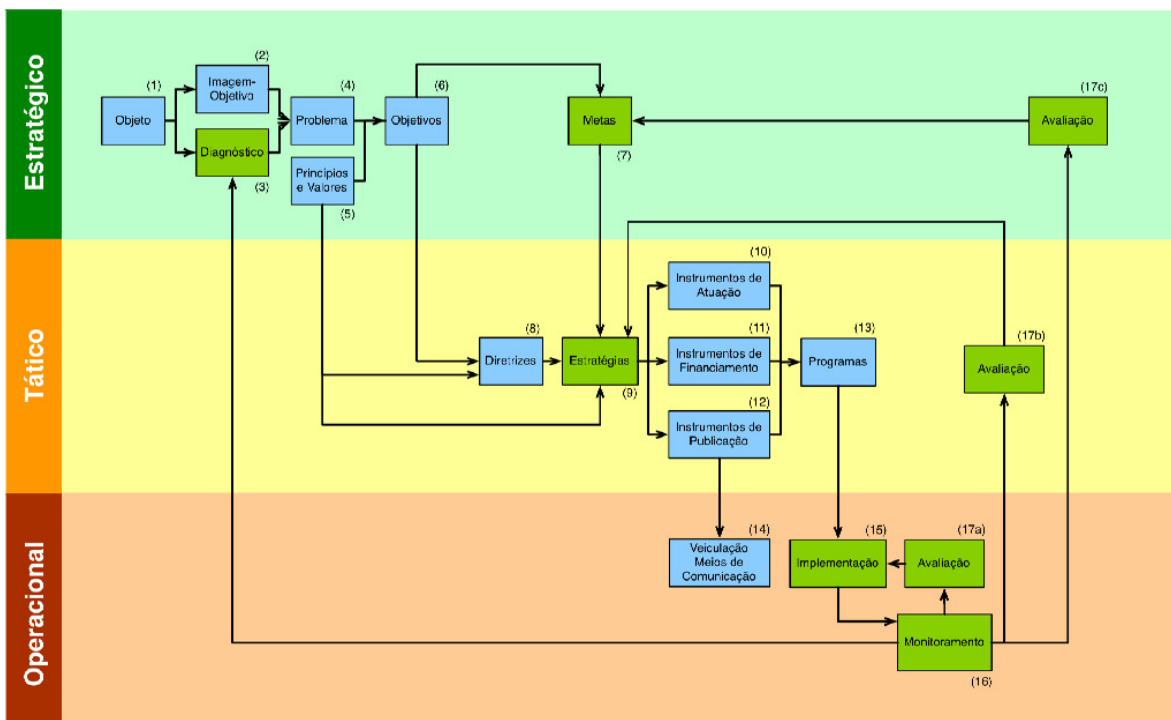


Figura 3.2 – Processo Integrado de Planejamento (Magalhães e Yamashita, 2009)

Em apertada síntese, o nível estratégico, compõe-se pelas seguintes etapas (i) definição do objeto, na qual se identificam os atores, os limites de intervenção sobre o objeto e os conhecimentos necessários à abordagem adequada, (ii) a construção da imagem-objetivo, a partir da articulação dos diferentes atores quanto ao estado de coisas desejado, (iii) um “diagnóstico” do estado do objeto do planejamento de forma que seja possível compará-lo à imagem-objetivo (iv) a identificação dos problemas, a partir da

discrepância verificada entre o estado desejado e o estado atual do sistema (v) o aporte de princípios e valores que restringem a seleção de objetivos e o desenvolvimento de alternativas de ação (vi) a definição de objetivos, como resultados a serem alcançados, passíveis de serem notados por quem os observa e (vii) a definição de metas: resultados com prazo definido para a consecução.

O nível tático do planejamento, responsável por desenvolver a solução para os problemas e requisitos postos pelas decisões tomadas no nível estratégico, engloba as fases de (i) a definição das diretrizes, linhas gerais condutoras do desenvolvimento das estratégias, (ii) definição das estratégias: pacotes de projetos e ações selecionadas para a consecução dos diversos objetivos, tendo como limitações as restrições impostas pelas diretrizes, (iii) instrumentos de atuação, que definirão as atribuições e responsabilidade dos diversos atores, representando também a aceitação dessas responsabilidades (iv) instrumentos de financiamento, contemplando as alternativas de provisão de recursos financeiros necessários para o desenvolvimento do projeto/ação, (v) instrumentos de comunicação, responsáveis pela difusão de dados e informações importantes para os diversos atores e a realização das atividades participativas e (vi) programas, tradução das estratégias e seus instrumentos de financiamento e comunicação específicos.

Por fim, o nível operacional representa a execução do que foi estabelecido nos níveis estratégico e tático, assim como o fornecimento de elementos que permitam o acompanhamento do plano nos diversos níveis. Nesse nível, são executadas as seguintes etapas: (i) implementação dos programas, projetos e ações e a veiculação das informações referentes ao plano e (ii) monitoramento de todo o sistema, alicerçado no desenvolvimento de um sistema de avaliação com base nos indicadores que deram suporte ao desenvolvimento do plano, e que cobrem os diversos níveis de decisão.

3.2.4 O contrato como instrumento de planejamento

Considerando os fundamentos do PES e o ambiente descrito por Matus, em que diversos agentes criativos, com força/poder e interesses diversos interagem de forma a modificar o sistema, tem-se que, no jogo social que se desenvolve, esses agentes naturalmente interagirão para criar situações favoráveis ou desfavoráveis aos planos e estratégias que se pretende implementar. Daí, que o sucesso e a viabilidade do planejamento efetuado depende, em muito, da capacidade de mobilização dos atores

diretamente envolvidos em torno de um objetivo comum, atribuindo a eles tarefas e responsabilidades que tenham a capacidade de criar um compromisso com o planejamento em questão.

Magalhães e Yamashita (2009), no modelo proposto, apontam que, uma vez definida a imagem objetivo, identificados os problemas, estabelecidos os objetivos, diretrizes e estratégias, é necessária a definição das atribuições dos diversos atores, esclarecendo “quem faz o que”. Assim, ressaltam que “nenhum plano pode ser bem implementado e conduzido se as atribuições e responsabilidades de cada ator não forem claramente definidas e aceitas” (Magalhães e Yamashita, 2009, p. 22).

Por outro lado, dada a diversidade e mutabilidade de interesses dos agentes, é bem possível que se encontre alguma resistência nessa assunção de atribuições e responsabilidades. Conforme bem observado por De Toni (2004), o contexto conjuntural do plano envolve permanentemente a necessidade de negociação, para que se passe do conflito para o consenso.

Nesse sentido, o contrato se apresenta como instrumento de atuação por excelência, uma vez que tem exatamente a função de composição de interesses diversos em um arranjo que seja satisfatório para todas as partes envolvidas, e com a especificação clara das obrigações assumidas e a necessária contrapartida. Dessa forma, o contrato torna possível a passagem de uma situação de conflito para o consenso, em que cada uma das partes recebe e aceita obrigações no sentido de concretização de um determinado objetivo.

Ressalte-se que, se, conforme afirmado por Migliato e Escrivão Filho (2003), o sucesso das apostas realizadas no processo de planejamento estratégico dependem do grau de controle que se exerce sobre as variáveis, o contrato é ainda uma das formas de se buscar maior controle sobre grande parte delas, na medida em que se restringe a atuação de diversos atores com possibilidade, inclusive, de intervenção de órgãos coletivos que assegurem o seu cumprimento obrigatório.

Em contrapartida, deve-se ter em mente que pouco adianta a atribuição de obrigações sem que se tenha controle das ações efetivamente realizadas. Nesse aspecto, o contrato assume características também de instrumento de controle, na medida em que possibilita

a inserção de mecanismos de comparação entre o desempenho contratado e o desempenho real (como, por exemplo, o uso de indicadores).

O contrato, portanto, representa não só etapa essencial à execução do planejamento, mas também à sua gestão. Isso porque os mecanismos de controle utilizados não refletem apenas quaisquer discrepâncias entre as disposições do contrato e as ações efetivamente realizadas, mas também se os objetivos estratégicos estão sendo atingidos e até mesmo se estes estão alinhados com a imagem objetivo projetada, proporcionando formas de reavaliação do planejamento efetuado e, assim, concretizando-o efetivamente como um processo, e não mero plano de ação.

Tem-se, portanto, caracterizada a importância na utilização de contratos para assegurar um planejamento efetivo. Entretanto, para que este desempenhe corretamente o seu papel e consiga de fato mobilizar os atores a um objetivo determinado, é necessário cuidadoso desenho, que seja capaz de traduzir ao menos os interesses estratégicos das partes e incentive-as corretamente à consecução do fim almejado.

3.3 TEORIA GERAL DOS CONTRATOS – ASPECTOS JURÍDICOS

3.3.1 Conceito e Definições

Na seara jurídica, Gagliano e Pamplona Filho (2008), definem contrato como um negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelos princípios da função social e da boa fé-objetiva, autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia das suas próprias vontades.

Venosa (2009), ao tratar de contratos, os conceitua como espécie de negócio jurídico, ou seja, aquele que tem a intenção de adquirir, resguardar, transferir ou modificar direitos, estando, portanto, sujeitos às regras desse instituto.

Friederich Karl Von Savigny (*apud* Carli, 2005), por sua vez, conceitua contrato como a união de mais de um indivíduo para uma declaração de vontade em consenso, pela qual se define a relação jurídica entre estes.

Para Marques (2002, p.38) contrato

É o negócio jurídico por excelência, onde o consenso de vontades dirige-se para um determinado fim. É ato jurídico vinculante, que

criará ou modificará direitos e obrigações para as partes contraentes, sendo tanto o ato como os seus direitos permitidos e, em princípio, protegidos pelo Direito.

Como se vê, os doutrinadores citados, acompanhados da maior parte da literatura jurídica, situam o contrato como um instrumento do qual dispõem as partes para autorregular efeitos de uma relação jurídica que voluntariamente travam entre si, a qual pressupõe a transferência ou modificação de algum direito. Entretanto, é preciso ter cuidado ao analisar o conceito de contrato, lembrando que, para a linguagem e os termos invocados para defini-lo, existe um substrato material que lhe dá origem.

Como adverte Roppo (2009), é necessário entender o contrato como um conceito jurídico, um termo criado para definir uma disciplina jurídica complexa, cuja substância real é a operação econômica. Assim, não é possível conhecer o contrato se se limitar a considerá-lo numa dimensão exclusivamente jurídica, como se constituísse uma realidade autônoma.

Embora num plano lógico isso possa acontecer, e o contrato seja, então, dotado de suas próprias regras segundo um universo próprio de conceitos e categorias, essa formalização jurídica nunca é construída como um fim em si mesma, mas com vista e em função de uma operação econômica, da qual representa a veste exterior, e sem a qual restaria vazia e, conseqüentemente, incompreensível.

Dessa forma, o autor classifica que (i) operação econômica é o substrato real, necessário e imprescindível para o conceito de contrato, (ii) contrato é a formalização jurídica das operações econômicas e (iii) direito dos contratos é um conjunto historicamente mutável de regras e princípios escolhidos para conformar de uma certa maneira aquele instituto jurídico e, assim, dar um certo arranjo ao complexo das operações econômicas efetivamente levadas a cabo.

Nesse ponto, faz-se uma pausa para conceituar o que seriam tais operações econômicas. Considerando haver uma série de contratos cujas partes pretendem perseguir objetivos de caráter moral ou ideal, o que poderia, por exemplo, ser o caso de uma doação, como situá-los na esfera das operações econômicas?

Roppo (2009), então, esclarece que as operações econômicas devem ser entendidas não em referência à finalidade econômica da transação, mas em termos de circulação de riqueza. Onde existir potencial ou real transferência de riquezas entre indivíduos, haverá operação econômica. Note-se que o termo riqueza é usado em sentido amplo, para designar quaisquer direitos suscetíveis de avaliação econômica. Tal conceito, como se verá mais adiante, é corroborado pelo dos direitos de propriedade da Teoria Econômica.

O contrato é o conceito que resume a captura dessas operações pelo Direito, com a sua submissão a regras comuns passíveis de serem asseguradas até com o uso da força por órgãos da coletividade. Necessário ressaltar, entretanto, que tal disciplina legal não é simples codificação de regras impostas pela natureza ou pela razão, constituindo, antes, intervenção positiva e deliberada do legislador destinada a satisfazer determinados interesses e a sacrificar outros, em conflito com estes, tentando dar às operações econômicas concretamente realizadas uma operação e um processamento conforme aos interesses que se quer tutelar.

Nesse ponto é que reside a autonomia do contrato-conceito em relação à operação econômica. Isso porque o direito dos contratos não se limita a simplesmente representar a tradução jurídico-formal da operação econômica, mas a determiná-las e orientá-las segundo determinados objetivos (Roppo, 2009).

Por refletir objetivos de cunho, poder-se-ia dizer, políticos, é que o contrato muda a sua disciplina, as suas funções e sua própria estrutura segundo o contexto social e econômico em que está inserido, fenômeno conhecido como relatividade do contrato. Bem assim, o papel que ele assume e a importância a ele conferida são reflexo do modelo de organização econômica que prevalece num dado momento.

3.3.2 O contrato sob a perspectiva da autonomia da vontade

O contrato em si, e também o seu estudo, ganham relevância a partir do surgimento do capitalismo que, com alto grau de desenvolvimento das forças produtivas e intensificação da dinâmica das trocas, fez daquele um mecanismo essencial ao funcionamento do sistema econômico.

Nesse contexto, o contrato aparece como instrumento de exteriorização da vontade para a realização de trocas e obtenção de ganhos. O enfoque da teoria contratual, portanto,

situa-se na manifestação da vontade e na absoluta liberdade em exercê-la. A vontade aparece como única fonte de legitimação para o nascimento de direitos e obrigações oriundas da relação jurídica contratual (Carli, 2005).

A liberdade, por sua vez, se exprime como liberdade de contratar ou se abster de contratar, de escolher o seu parceiro contratual, de fixar o conteúdo e os limites das obrigações que quer assumir e liberdade de poder exprimir a sua vontade na forma que desejar, contando sempre com a proteção do direito (Gomes, 2007).

Dessa absoluta liberdade emerge a justiça do contrato, pois, conforme advoga Kant (*apud* Cunha, 2007), o homem só se obriga por aquilo que quer. Sendo assim, a própria autonomia da vontade é fonte dessa justiça haja vista que ninguém, livremente, se vincularia a algo que lhe prejudicasse ou que fosse injusto. Justo é o conteúdo pactuado, porque decorrente da manifestação da vontade (Cunha, 2007). Daí, o brocardo do direito francês de que quem diz contrato, diz justo: *Qui dit contractuel dit juste*.

Pressuposto fundamental a esse entendimento é o da igualdade – então entendida na sua acepção jurídica – que seria assegurada aos contratantes e segundo a qual todos detêm as mesmas prerrogativas e o mesmo poder para manifestar sua vontade e conformar a relação jurídica.

A noção acima exposta encontra suporte ainda nas teorias econômicas da época, segundo as quais o bem-estar coletivo seria mais bem atingido se todos fizessem o melhor para si, frisando a necessidade da livre movimentação das riquezas na sociedade segundo o princípio natural da equidade. Dessa forma, assegurada a liberdade contratual, o contrato seria equitativo e justo por sua própria natureza.

O direito natural também apresenta suas contribuições na medida em que propõe a liberdade de contratar como uma das liberdades naturais do homem, a qual só poderia ser restringida pela sua própria vontade. A cada pessoa é assegurada a maior independência possível de se auto-obrigar nos limites que desejar, ficando adstrito apenas à observância daquilo que fora pactuado.

Diante desse entendimento, a função das leis era a de somente proteger a vontade criadora, assegurando a realização dos efeitos desejados pelos contraentes. Assim, doutrina, legislação e jurisprudência concentram os seus esforços no problema da

realização dessa vontade, garantindo que ela seja real, livre e isenta de vícios ou defeitos. Como efeito, quaisquer normas legais devem ter caráter supletivo, sendo meramente interpretativas a fim de permitir e assegurar a plena autonomia da vontade dos indivíduos (Carli, 2005).

Outro aspecto que merece ser ressaltado é a relação intrínseca percebida entre o contrato e o direito de propriedade, então intensamente afirmado. Conforme afirmam Gagliano e Pamplona Filho (2009) o contrato é o principal instrumento de manifestação daquele direito, que engloba a possibilidade de disposição do bem, permitindo a transferência de sua titularidade ou, ainda, a cessão de direitos sobre ele. O direito de propriedade se materializa, portanto, na medida em que o indivíduo pode firmar relações contratuais envolvendo o bem e realizando o seu potencial econômico.

Nesse sentido a exposição de Netto Lôbo (1995, p. 42)

O contrato converteu-se em instrumento por excelência da autonomia da vontade, confundida com a própria liberdade, ambas impensáveis sem o direito à propriedade privada. Liberdade de contratar e liberdade de propriedade seriam interdependentes, como irmãs siamesas.

3.3.3 Força obrigatória do contrato: o princípio do *pacta sunt servanda*

Para realização, portanto, do potencial dos contratos na sociedade, qual seja, o de afirmar a liberdade individual na manifestação da vontade e disposição do patrimônio, fomentando, assim, a livre circulação da riqueza, a teoria contratual clássica assenta-se em três fundamentos, sendo o primeiro o livre acordo entre as partes, o segundo, a coordenação de interesses contrapostos, expresso pela idéia da realização de transações econômicas e o terceiro, o império da autonomia da vontade. Este último se exprime no princípio do *pacta sunt servanda*.

De forma literal, *pacta sunt servanda* pode ser traduzido como “o contrato existe para ser cumprido” e revela elemento essencial da teoria contratual: a de que uma vez concluído, o contrato tem força obrigatória. Até mesmo em função da absoluta liberdade na possibilidade de determinação das obrigações a cumprir, uma vez manifestada a vontade, as partes estão ligadas entre si e têm direitos e obrigações, só podendo se

desvincular por outro contrato (vale dizer, novo acordo de vontades) ou pelas figuras da força maior e do caso fortuito (Carli, 2005).

Nos termos já expostos, o contrato obriga porque é útil – na medida em que satisfaz interesses diversos, compondo-os numa mesma transação – e justo – porque fruto da livre manifestação das partes. Para Diniz (*apud* Carli, 2005) o contrato, uma vez concluído livremente, incorpora-se ao ordenamento jurídico, constituindo verdadeira norma de direito.

Ao tratar do assunto, Roppo (2009) afirma que à liberdade tendencialmente ilimitada de contratar correspondia uma também tendencialmente ilimitada responsabilidade pelos compromissos assumidos, configurados como um vínculo tão forte e inderrogável, que poderia equiparar-se à lei.

Ainda nesse tema, o autor recorda que o princípio do *pacta sunt servanda* encerra indiscutível caráter ético, mas apresenta também um relevante significado econômico. O respeito rigoroso aos compromissos assumidos é condição para que as trocas e outras operações de circulação da riqueza se desenvolvam de modo correto e eficiente para que não se frustrem as previsões e os cálculos dos agentes econômicos. Assim, seria condição necessária para a realização do proveito individual de cada um dos agentes e, igualmente, para o funcionamento do sistema como um todo. Segundo Cunha (2007), a força obrigatória do contrato fomenta confiança, criando um ambiente social propício ao desenvolvimento do comércio.

3.3.4 A nova ótica contratual: solidarismo e função social do contrato

A caracterização ora apresentada, no entanto, embora atenda às trocas realizadas num sistema econômico individualista e pouco dinâmico, não é capaz de satisfazer as exigências de uma moderna economia de massa (Roppo, 2009). Segundo Cunha (2007), o conceito clássico de contrato aos poucos apresentou as suas imperfeições, demonstrando-se insustentável com o *boom* das relações de consumo do século XX. Para ele, em um sistema econômico em que a vontade é manipulada pela comunicação e em que apenas uma parte adere a um conjunto pré-estipulado de regras, a vontade se esvai em seu significado original. Daí porque não mais pode ser utilizada como parâmetro para a definição dos termos contratuais.

De outro lado, a mudança do entendimento político vigente com preponderância do solidarismo na política contemporânea dos Estados democráticos e a inclusão de novos valores de bem-estar social e justiça distributiva, geraram uma alteração na racionalidade jurídica, concretizada, principalmente, com a introdução desses valores nas ordens constitucionais.

Nessa esteira, e considerando que o direito privado pode ser entendido como o instrumental do Direito Constitucional nas relações privadas, a teoria jurídica contratual passou a considerar o bem estar coletivo e o interesse da sociedade como um todo. As noções de equidade, boa-fé, segurança, enfim, de justiça, passaram a ser o centro de gravidade da teoria dos contratos, levando à chamada socialização da teoria contratual (Carli, 2005).

Nessa nova ótica, o indivíduo é percebido como membro de um corpo social, impondo-se a ele a responsabilidade também pelo bem-estar dos demais. Nesse sentido, surge a preocupação com a tutela jurídica não apenas do conteúdo contratual como reprodução fiel da vontade das partes, mas de equilíbrio entre os interesses dos contratantes e, principalmente, da projeção dos efeitos da relação contratual em face de toda a comunidade (Miragem, 2007).

Para que possa haver um equilíbrio contratual, a lei passa a proteger também os interesses sociais, a confiança, as expectativas e a boa-fé dos contratantes. Marques e Tepedino (*apud* Miragem, 2007) referem-se a esse fenômeno como renovação da teoria contratual. Diante disso, tanto o contrato como o próprio direito de propriedade sofrem limitações com a finalidade de alcançar uma função social, relativizando-se, portanto, a autonomia da vontade.

Carli (2005), discorrendo sobre o assunto, menciona que a autonomia da vontade encontra limites no fundamento moral dos princípios da boa-fé objetiva, da equidade e da justiça social, transformando-se o contrato em instrumento de cooperação solidária. A referida função social, portanto, agregando todos os elementos acima referidos, fundamenta-se na proteção à confiança, resguardando os legítimos interesses das pessoas.

Por meio de deveres anexos ao contrato – lealdade, correção, informação– busca-se a tutela da confiança, como forma de realização dessa função social do contrato. Tal função surge, portanto, como elemento essencial definidor do próprio direito subjetivo de contratar, caracterizando-se os direitos e deveres daí decorrentes como encargos ínsitos ao próprio contrato (Carli, 2005).

A questão da proteção da confiança pode ser vista também sob o aspecto da objetivação do contrato. Roppo (2009) esclarece que o enfoque antes subjetivista, calcado na importância da vontade dos contratantes, é redimensionado, priorizando-se aspectos objetivos do contrato de forma a ligar os efeitos e o tratamento jurídico das relações aos elementos objetivos, exterior e socialmente reconhecíveis, dos atos pelos quais as relações se constituem.

E como é característico do autor, traça ainda um paralelo com o sistema econômico vigente dentro do qual a objetivação tem como finalidade - retomando o enfoque das operações econômicas como substrato material do contrato – garantir a celeridade das contratações, a segurança e a estabilidade das transações. Assim, conclui:

O objectivo, pelo seu lado, é o de tutelar os interesses do destinatário da declaração, o qual tinha confiado no teor do objectivo e socialmente perceptível desta: uma tutela de interesses individuais que – ao nível de todo o sistema – se converte justamente em garantia de segurança e da celeridade das trocas, da continuidade e estabilidade das relações de negócios. (Roppo, 2009, p. 299)

3.3.5 O paradigma da boa-fé objetiva

Ao conceito de função social, reforçando a idéia da proteção da confiança e de objetivação do contrato, adiciona-se o da boa-fé-objetiva, que na moderna teoria contratual se erigiu à categoria de paradigma de interpretação contratual na tentativa de fazer com que os contratos atendam aos valores de veracidade, integridade, honradez e lealdade, apresentando-se como solução para o justo equilíbrio contratual (Carli, 2005).

A boa-fé pode ser subjetiva ou objetiva. A subjetiva refere-se a um estado psicológico da pessoa, consistente na consciência da justiça e licitude de seus atos ou na ignorância

escusável das reais circunstâncias do ato praticado. Aqui, o indivíduo, diante de circunstâncias concretas, tem o convencimento de estar fazendo a coisa certa.

De outro lado, a boa-fé objetiva constitui um princípio geral que produz delimitação do conteúdo do negócio jurídico por meio da inserção de normas de conduta a serem seguidas pelos contratantes, ou produzindo a restrição do exercício de direitos subjetivos, ou, ainda, como método hermenêutico, interpretando a declaração da vontade a fim de ajustar a relação jurídica à função econômico-social de cada caso concreto (Hentz, 2007).

Para este autor, o traço diferenciador entre a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva é que nesta última, o elemento vontade cede espaço à comparação entre a atitude tomada pelos contratantes e aquela que se poderia esperar de um homem médio. Daí afirmar-se que é objetiva porque não se funda na vontade dos contratantes, sendo verificável a partir de elementos percebidos externamente.

Negreiros (*apud* Hentz, 2007) declara que a boa-fé objetiva consiste num dever de conduta contratual ativo, e não mais de um estado psíquico do agente. Sendo um dever jurídico, obriga a uma certa conduta ao invés de outra, não se limitando a operar como uma justificativa para um determinado comportamento adotado.

A função social dos contratos e a boa-fé surgem, então, como mecanismos de limitação da autonomia da vontade na fixação do conteúdo contratual. A necessidade de condução das negociações à equidade e equilíbrio, como noções fundamentais de justiça, teve como efeito a inclusão no ordenamento jurídico de normas que determinam condutas a serem adotadas pelas partes contratantes ou mesmo restrições aos seus direitos subjetivos, de maneira que estas somente podem firmar o conteúdo contratual dentro dos limites estabelecidos pela lei.

A partir dessa nova mentalidade jurídica, a lei passou a atuar nos contratos de forma mais direta, conformando-o, muitas vezes à revelia das partes e até mesmo contra a sua vontade, de modo que Cunha (2007) afirma que o contrato é cada vez menos vontade e cada vez mais lei. E completa: o contrato atual é parcialmente construído pelas partes e parcialmente pelo direito. À vontade das partes somam-se outras fontes, heterônomas, que impõem e consolidam o conteúdo do contrato.

Entretanto, é bom recordar que, conquanto o solidarismo seja decorrente do sistema constitucional, também a autonomia da vontade está prevista na Constituição, representando, junto com aquele, princípio de ordem pública. Dessa forma, qualquer limitação exige ponderação e razoabilidade, não sendo possível privilegiar qualquer desses princípios em detrimento do outro desarrazoadamente.

O novo papel desempenhado pelo Direito altera elementos essenciais do contrato. Se anteriormente o contrato obrigava por ser justo e útil, tais elementos continuam como fundamentos da força obrigatória do contrato, mas o justo é aferido pelos parâmetros de justiça estipulados por uma ordem constitucional. A lei, portanto, exerce o papel de legitimar o útil e o justo no vínculo contratual e protegê-lo.

Da mesma forma que os fundamentos, os efeitos dessa obrigatoriedade sofrem uma releitura e são, agora, os decorrentes do regramento tal como é interpretado pelo juiz (Roppo, 2009). A vontade é ainda essencial, porém, perde a exclusividade, diminuída diante do controle judicial que é realizado.

A tal controle é atribuída ainda mais relevância pela utilização, como nova técnica legislativa, de cláusulas abertas. Os próprios conceitos de equidade, função social e boa-fé objetiva são amplos e gerais sendo, necessariamente, definidos conforme o caso concreto. Desse modo, a lei remete ao juiz a elaboração da norma para o caso, construindo, a partir dos valores do ordenamento jurídico, o efeito da cláusula. Sendo assim, é na sentença ou decisão judicial que o conteúdo impreciso da cláusula geral é definido de acordo com as exigências do caso (Cunha, 2007).

Ressalte-se, entretanto, que embora caiba a ele, em última instância, a definição do que é ou não justo, o juiz não é livre para se utilizar de critérios pessoais de justiça, tampouco para afastar a vontade das partes em nome de suposto interesse social prevalente. Conforme afirmado, os critérios interpretativos são estabelecidos na lei, expressão máxima da vontade social, porque emanada da própria coletividade.

3.4 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Assim como as demais pessoas têm a liberdade de contratar – ainda que esta, como visto, não seja absoluta – a Administração Pública também pode optar, com a ressalva de que seja autorizada por lei, por celebrar contratos. Tais contratos podem ter natureza

de contrato civil, quando firmados por entes da administração indireta sujeitos ao regime privado, ou serem próprios da atividade administrativa, submetendo-se ao regime jurídico administrativo. Dentre esses, estão os contratos de concessão, explorados no presente trabalho, razão pela qual a abordagem deste tópico será voltada ao regime contratual administrativo.

3.4.1 Conceito e elementos do contrato administrativo

No capítulo anterior, quando da análise dos serviços públicos, explorou-se a noção de que, dada a relevância daqueles serviços, os quais envolveriam interesses de todo o grupo social, a eles se aplicaria um regime jurídico próprio, com a finalidade de proteger do modo mais eficiente possível as conveniências dessa coletividade. Esse mesmo raciocínio é aplicável, agora, aos contratos administrativos, os quais também se desenvolvem sob regime jurídico administrativo e, portanto, diferenciado.

A idéia central é a de supremacia do interesse público sobre o privado, consagrada pela Constituição Federal em diversos dispositivos, e pela qual à Administração Pública, como representante dos interesses coletivos, são conferidas uma série de prerrogativas no intuito de, em caso de conflito, fazer prevalecer o interesse público.

Cretella Júnior (*apud* Mukai, 2009), confirmando o exposto, afirma que contrato administrativo é o acordo de vontade, de que participa a Administração e que, tendo por objetivo direto a satisfação de interesses públicos, está submetido a regime jurídico exorbitante e derogatório do direito comum. Araújo (2005) também formula conceito a partir dessa mesma idéia, defendendo que contrato administrativo é o acordo de vontades opostas, do qual participa a Administração Pública, para a produção de obrigações que envolvam finalidade pública, ou que não contrariem o interesse público, contendo explícita ou implicitamente cláusulas de privilégio que o submetem a regime jurídico de direito administrativo, informado por princípios publicistas, colocando a Administração em posição de supremacia no ajuste.

Conforme Meirelles (2005), contrato administrativo é o ajuste que a administração pública, agindo nessa qualidade, firma com o particular ou com outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria administração.

Dos conceitos acima expostos, extrai-se que dois elementos necessariamente estarão presentes em um contrato administrativo: o sujeito administrativo e o objeto. Exige-se, para que um contrato seja caracterizado como administrativo, que em um dos pólos da relação contratual esteja uma pessoa administrativa. Bem assim, o objeto do contrato deverá revestir-se de interesse público (Carvalho Filho, 2007). Somente presentes esses dois elementos é que se terá a incidência do regime jurídico de direito público. Ficam, então, assim caracterizados os contratos administrativos.

Vale ressaltar a existência de amplo debate doutrinário acerca da aplicabilidade desse regime, ou de parte dele, aos contratos administrativos firmados por empresas públicas e sociedades de economia mista, entidades de direito privado. Se, de um lado, tais entidades desenvolvem atividade econômica e, portanto, devem estar em posição de igualdade com os demais concorrentes privados no setor específico, de outro, são ainda entidades da Administração Pública, razão pela qual se submeteriam a regime básico de direito público.

3.4.2 Regime Jurídico Administrativo: cláusulas obrigatórias e cláusulas exorbitantes

Adentrando especificamente no regime contratual de exceção, os contratos administrativos são regulados basicamente pela Lei n.º 8.666, também conhecida como o Estatuto dos Contratos e Licitações Públicas e que condensa as normas e princípios fundamentais relativos a esses dois institutos. Note-se que, ao contrário das relações privadas, que prescindem de forma específica, a rigidez é característica dos contratos administrativos, estando expressa em cláusulas e matérias obrigatórias no corpo dos contratos. Dessa forma, a Lei n.º 8.666 trará uma série de preceitos aplicáveis a esses contratos de observância obrigatória tanto para a sua existência e validade na ordem jurídica, como para a sua eficácia, vale dizer, a possibilidade de produzir efeitos.

Dentre essas formalidades, além da necessidade de prévia licitação, somente dispensável quando autorizada por lei, trazendo, assim, a vinculação do instrumento contratual ao edital de licitação, apresentam-se como mais relevantes as cláusulas obrigatórias tratadas por aquele diploma legal. Segundo Mukai (2009) cláusula é uma condição imposta no contrato pelas partes, regendo as relações recíprocas entre elas, a respeito do objeto contratual. No contrato administrativo, as cláusulas irão variar de

acordo com as espécies contratuais, os objetos e a finalidade pública daquela relação, sendo possível, no entanto, identificar algumas pertinentes a todos os contratos.

Nesse ponto, cabe fazer uma distinção entre cláusulas obrigatórias e cláusulas essenciais. Estas dizem respeito aos elementos caracterizadores do contrato, fundamentais para que se reconheça a relação jurídica estabelecida, enquadrando-a em uma série de normas regulamentares (regime jurídico). Alguns autores apontam as seguintes cláusulas como essenciais ao contrato administrativo: capacidade das partes, objeto lícito e possível, consentimento, elemento formal, o fim de interesse público e a presença da administração pública como um dos sujeitos da relação jurídica (Mukai, 2009).

As cláusulas obrigatórias, por seu turno, foram estabelecidas pela Lei n.º 8.666/93 a partir da necessidade de resguardo do interesse público, estando expressas, em seu art. 55 ao longo de treze incisos. Dessas, Mukai (2009) ressalta a importância dos últimos três incisos, que dizem respeito a (i) necessária vinculação ao instrumento editalício, garantindo a manutenção da proposta mais vantajosa à Administração, (ii) obrigatoriedade do contratado manter, durante toda a execução do contrato, as condições de habilitação e qualificação exigidas no edital de licitação (iii) menção no contrato à legislação aplicável na execução do contrato e nos casos omissos, homenageando os princípios administrativos da continuidade dos serviços públicos e eficiência. A essas, especificamente no caso do Transporte Rodoviário Interestadual de Passageiros, somam-se as cláusulas ditas pelo Decreto n.º 2.521/98.

Também com enfoque na proteção do interesse público e, como já mencionado, elemento de diferenciação do regime jurídico contratual privado para o regime administrativo, estão as cláusulas exorbitantes, previstas no art. 58 da Lei n.º 8.666.

Segundo essa norma, o regime jurídico aplicável aos contratos administrativos confere à Administração Pública, em relação a eles, as prerrogativas de (i) modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado, (ii) rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados naquela lei, (iii) fiscalizar-lhes a execução, (iv) aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste e (v) nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do

contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

As hipóteses de rescisão e fiscalização, com as correspondentes sanções, foram tratadas de forma mais detida no capítulo anterior, quando se analisou as disposições do Decreto n.º 2.521/98, razão pela qual agora será privilegiado o estudo das modificações unilaterais do contrato.

Sobre o tema, Tácito (*apud* Carvalho Filho, 2007) elucida que nos contratos administrativos o princípio da igualdade entre as partes, que importa na imutabilidade dos contratos, cede passo ao da desigualdade, ao predomínio da vontade da administração sobre a do contratante, ou seja, ao poder de modificação unilateral da obrigação.

Mukai (2009) alerta que esse poder repousa no princípio da continuidade do serviço público e do atendimento à finalidade pública. Para a plena satisfação da finalidade pública a Administração pode, independente da anuência do contratado, modificar unilateralmente as cláusulas. Nesse sentido, tal poder não é ilimitado, sendo vedado o seu exercício arbitrário.

Para Justen Filho (2009) a possibilidade de alteração unilateral do contrato deve ser vista não como uma prerrogativa propriamente dita, haja vista que não existe liberdade para a Administração impor a alteração quando melhor lhe aprouver. Melhor seria dizer que há uma competência anômala, a ser exercida quando houver motivo justificador dessa alteração. Portanto, se eventual alteração unilateral desbordar das hipóteses legalmente justificadoras para, por exemplo, configurar-se como forma de punição ao contratado, agravando ou tornando mais onerosas as condições de execução do contrato, haverá desvio de poder. Pode, sim, haver agravamento das condições de execução, mas desde que isso represente um benefício ao interesse público, e não uma forma de punição. Prevendo essa possibilidade, a Lei n.º 8.666/93 enumera expressamente as possibilidades e limites da modificação unilateral do contrato.

3.4.3 Equilíbrio econômico-financeiro da relação contratual

Além disso, e com o objetivo de proteger o contratado, agregando elementos referentes aos direitos fundamentais, em especial o princípio da dignidade humana, a Lei n.º 8.666/93 estabelece em suas disposições a intangibilidade da equação econômico-financeira, caracterizada pelo conjunto de encargos e contrapartida da remuneração.

Justen Filho (2009) advoga que o exercício das competências anômalas não pode alterar a equação econômico-financeira original. A alteração das condições contratuais obriga à modificação concomitante das cláusulas atinentes à remuneração do contratado. Da mesma forma, a extinção do contrato por conveniência da administração implica em indenização ao particular.

Ressalte-se que a equação econômico-financeira não se traduz apenas no pagamento propriamente dito, abrangendo também todos os demais aspectos econômicos relevantes para a prestação do serviço, como o prazo estimado para o pagamento, a sua periodicidade a abrangência do contrato e até mesmo o prazo para a sua execução. Vale lembrar que o particular contratado, ao oferecer sua proposta de preço ao Poder Público, levou em consideração as características do serviço estipuladas em edital de forma a estabelecer um certo arranjo financeiro que lhe forneça uma determinada margem de lucro, não podendo esta lhe ser expropriada posteriormente.

Nos dizeres de Bandeira de Mello (2009), a obtenção do proveito econômico que levou o particular a engajar-se em contrato administrativo e que se qualifica na equação econômico-financeira é direito do contratante privado e corresponde à contrapartida de seus encargos e sujeições. O contratante governamental deve respeitar tal direito, sendo juridicamente incabível buscar desconhecê-lo ou amesquinhá-lo por qualquer meio ou expediente.

Ademais, tem-se que a proteção à equação econômico-financeira está diretamente ligada ao princípio da eficiência administrativa do qual decorre o comando de que a Administração desembolse o menor valor possível nas suas contratações. Com efeito, a ausência de garantias aumentaria sobremaneira o risco dos particulares contratantes, sobretudo tendo-se em vista as prerrogativas ou, nas palavras de Justen Filho, as competências anômalas conferidas à Administração Pública, gerando, assim, o aumento

da contrapartida necessária à voluntária assunção dos riscos. A intangibilidade da equação econômico-financeira é, portanto, garantia ofertada ao particular de que não correrá riscos quanto a eventos futuros e incertos, proporcionando a redução geral dos preços pagos pelo Estado (Justen Filho, 2009).

A literatura ensina, então, que o reequilíbrio da equação econômico-financeira deve acontecer sempre que houver fato do príncipe ou for aplicável a teoria da imprevisão. Fato do príncipe, conforme tratado pela doutrina administrativa, ocorre quando o Estado contratante, mediante ato lícito e não relacionado diretamente ao contrato, modifica as condições de execução daquele, provocando prejuízo ao contratado. Assim, o fato do príncipe se caracteriza por ser imprevisível, extracontratual e extraordinário (Carvalho Filho, 2007).

A teoria da imprevisão, por sua vez, está relacionada à ocorrência de eventos excepcionais e imprevisíveis, que subvertem a equação econômico-financeira do pacto (Laubadère *apud* Carvalho Filho, 2007), caracterizando-se pela álea econômica. Nessa situação, o cenário dentro do qual o pacto foi ajustado sofre alterações tão profundas que impedem a sua execução da maneira como previsto anteriormente.

Entretanto, para Justen Filho (2009), há que se fazer diferença entre álea econômica ordinária e extraordinária, pois, na ordinária, estariam englobados os riscos naturais do negócio exercido pelo particular, razão pela qual não ensejariam a revisão do contrato para o restabelecimento do equilíbrio. Somente em casos de absoluta imprevisão, ou da impossibilidade de determinação dos efeitos de certos eventos, é que resta caracterizada a álea extraordinária passível de ensejar o reequilíbrio econômico-financeiro da avença.

Note-se que a legislação brasileira não estabeleceu formas definidas para a recomposição da equação econômico-financeira, sendo esta realizada conforme o caso concreto (Justen Filho, 2009). O interessante é que se utilizam mecanismos que contrabalançam ou compensem a redução das vantagens ou ampliação das desvantagens. O autor sugere que se utilize a revisão de tarifas, subvenções, regalias fiscais ou outras modalidades equivalentes. No âmbito das concessões, é possível haver redução dos encargos assumidos pelo concessionário ou ampliação das vantagens previstas originalmente.

Ainda no tema das prerrogativas aplicáveis no regime jurídico dos contratos administrativos, durante muito tempo se afirmou que a tais ajustes não caberia a exceção do contrato não cumprido. Essa exceção consubstancia o princípio segundo o qual uma parte contratante não pode exigir da outra o cumprimento de uma obrigação sem que ela mesma tenha cumprido a sua. Isso se daria em função do princípio da continuidade do serviço público, mais importante que o interesse do particular de tal forma que, mesmo sem receber a contraprestação devida, o particular contratado ficaria obrigado á execução do serviço.

Entretanto, atualmente o entendimento é que tal princípio tem aplicação, apenas de forma atenuada. A Lei n.º 8.666/93 reflete esse entendimento ao dispor no art. 78, inciso XV, que o atraso superior a noventa dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, é caso de rescisão do contrato, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação. Dessa forma, o interesse público confere à Administração a prerrogativa de atrasar o pagamento por até noventa dias sem que haja rescisão ou suspensão da execução do contrato. Entretanto, após esse prazo, prevalecem os direitos do particular contratado, que pode pedir judicialmente a operação daqueles efeitos.

Justen Filho (2009) defende ainda que, mesmo que não suspensa a execução do contrato, o particular pode alegar que a ausência do cumprimento de deveres da administração, no caso, o pagamento, inviabilizou o cumprimento tempestivo dos seus próprios deveres. Para o autor, embora ele seja obrigado a manter o compromisso, não é obrigado a executá-lo tempo previsto inicialmente, exclusivamente às suas expensas.

3.4.4 Interpretação dos contratos administrativos: limites do regime jurídico diferenciado

Por fim, para a análise dos contratos administrativos impende que sejam definidas as regras de interpretação dos mesmos. De acordo com a Lei n.º 8.666/93, o contrato administrativo se rege pelas disposições de direito público, aplicando-lhes, supletivamente as disposições de direito privado. Entretanto, até que ponto é possível

utilizar disposições privadas para a regência e a resolução de conflitos em contratos administrativos? Como integrar as normas pertinentes a um e outro regime?

Justen Filho (2009), examinando a questão, afirmou que a aplicação supletiva das disposições privadas não significa o emprego propriamente das normas desse direito, mas das formas. Na verdade não ocorreria a aplicação subsidiária das normas de direito privado, e sim a aplicação analógica, com adaptação aos princípios e normas que regem o direito público. Isso porque o regime de direito público, tendo em vista o interesse coletivo tutelado é inderrogável, não se admitindo a interferência de qualquer regra de caráter privatístico. Dessa forma, caberia apenas o uso da analogia, com as devidas adaptações.

Meirelles (2004) ressalta que nos contratos de direito administrativo celebrados em prol da coletividade, não se pode interpretar suas cláusulas contra essa mesma coletividade, para só atender aos diretos individuais do particular contratado.

De fato, o contrato administrativo personifica interesses da coletividade, razão pela qual não pode receber tratamento igual ao contrato de direito privado. Entretanto, muito embora os contratos administrativos submetam-se a regime próprio, devem ser considerados como espécie de uma categoria geral do direito – os contratos. Daí a existência de uma teoria geral dos contratos, que se aplica também no âmbito administrativo. Disposições como a força obrigatória dos contratos, portanto, se aplicam também à Administração Pública.

Para Venosa (2009), o regime de especial conferido ao contrato administrativo, chamado regime de exceção, reveste-o de princípios rígidos e prerrogativas que não podem, entretanto, vir em prejuízo do particular contratante, devendo ser harmonizadas com a finalidade pública do Estado. É este o fundamento do Poder Exorbitante que lhe confere privilégios, e somente para este fim deve ser utilizado. Os contratos administrativos, portanto, necessitam ser cuidadosamente trabalhados pelos agentes públicos, temperando, no caso concreto, os princípios e medidas, de uma ou outra natureza, aplicáveis à situação específica.

3.5 TEORIA ECONÔMICA DOS CONTRATOS

Conforme discutido no tópico anterior, a abordagem jurídica dos contratos visa estabelecer uma série de parâmetros, tanto de atuação das partes quanto de interpretação dos instrumentos contratuais na busca pela efetivação do que se considera justo. Entretanto, embora o simples estabelecimento de comandos normativos possa de alguma forma influenciar a atuação dos envolvidos no contrato, surtindo efeitos de cunho moral, a sua incidência direta somente se dará quando verificado algum descumprimento, por meio das consequências previstas legalmente, cuja concretização se dará mediante a atuação do Judiciário.

Mesmo considerada a moderna teoria contratual, em que as normas perdem algo do seu caráter residual, assumindo papel essencial na definição do que se considera justo, a sua finalidade seria ainda fornecer ao Judiciário uma série de critérios interpretativos para o julgamento das contendas, especialmente de responsabilização, para que, ao final, nenhuma das partes tenha que arcar com prejuízos não decorrentes de suas próprias ações. Conforme afirmado, o critério utilizado é o da justiça, não havendo uma preocupação efetiva com uma redução dos conflitos e demandas judiciais.

A Economia, por seu turno, tem como objetivo o estudo da alocação de recursos escassos de forma a produzir o máximo possível, vale dizer, de forma a atingir a eficiência. Isso envolve a análise de todo o processo de produção, desde a distribuição dos recursos até o comportamento e atuação dos indivíduos nele envolvidos.

O processo de produção, no entanto, envolve determinados aspectos sujeitos a institutos eminentemente jurídicos, como os próprios contratos, e com a compreensão do papel das Instituições na economia e o reconhecimento entre os economistas de que as leis e o Direito em geral exercem função essencial sobre a organização da atividade econômica, teve início a formação de uma corrente acadêmica de juristas e economistas, movimento denominado de Direito & Economia⁴, que procura analisar os fenômenos e institutos jurídicos sob uma ótica comum, baseada em princípios econômicos (Pinheiro e Saddi, 2005).

⁴ Tradução de *Law & Economics*

Para esses últimos autores, afastando-se da premissa universal do direito como instrumento de justiça, a maior parte do movimento de Direito & Economia vê o Direito como um conjunto de incentivos para determinar o comportamento humano, por meio do sistema de preços e outros incentivos econômicos (Stephen, 1993). O campo é, dessa forma, extremamente fértil para a análise contratual, e se a lei surge como uma das maneiras de se fazer um contrato, a Economia pode ser vista como um importante instrumento no desenho e na escolha daquele contrato (Zylbersztajn e Sztajn, 2005b).

Entretanto, nem sempre os contratos foram objeto da análise econômica. Werin e Wijkander (*apud* Zylbersztajn e Sztajn, 2005b), afirmam que a Teoria Econômica ignorou os contratos por muitos anos. Somente com o desenvolvimento dos trabalhos de Coase (1937), que discutiu a natureza da firma na economia e o seu surgimento no intuito de minimizar determinados custos de realizar transações no mercado, é que o contrato passou a ser figura central na economia. A partir de Coase a firma foi vista como um feixe particular de contratos, coordenados de acordo com as limitações impostas pelo ambiente institucional e com os seus objetivos estratégicos (Zylbersztajn e Sztajn, 2005b).

3.5.1 Custos de transação

Entretanto, apesar do importante questionamento quanto ao papel da firma como mera função de produção – conceito até então adotado pela teoria neoclássica – os trabalhos de Coase renderam como fruto principal a introdução na teoria econômica do conceito de custo de transação. Segundo Williamson (1985) tais custos podem ser entendidos analogamente à fricção existente em sistemas físicos, que pode até ser desconsiderada em modelos simplificados com utilidade para explicar uma série de fenômenos, desde que se recorde que tais simplificações claramente não terão utilidade alguma no esclarecimento de situações em que a existência de atrito é a principal explicação para o fenômeno em estudo.

Da mesma forma, a economia neoclássica, com seus pressupostos de racionalidade substantiva e informação perfeita; e redução do papel das firmas a simples funções de produção, mostrou-se pouco útil para estudar diversos aspectos da atividade econômica, principalmente os relacionados às instituições legais, aos contratos, às organizações e à forma como elas se relacionam. Coase (1937), então, buscando identificar as origens de

determinadas estruturas de governança, discute os efeitos dos custos de realização de transações no mercado, comparando-os com os custos de produção em uma estrutura verticalmente integrada – a firma.

Embora, segundo Santos (2004) o problema dos custos de transação, como propostos por Coase, era que eles somente seriam identificados a partir da impossibilidade de realização das transações no mercado – vale dizer, quando a estrutura observada fosse a firma – posteriormente Williamson redefiniu esses custos em variáveis passíveis de mensuração

Sob essa nova perspectiva, a partir de uma unidade básica de análise – a transação – são identificados custos da sua realização no mercado, que passam por etapas como a descoberta de com quem se quer transacionar, envio de informação às pessoas de que se quer negociar e em que termos, a condução das negociações que levem a um acordo, redação de um contrato, monitoramento do seu cumprimento a fim de garantir que os seus termos sejam respeitados e, por fim, acionamento de mecanismos para garantir a correta aplicação do contrato (Pinheiro e Saddi, 2005).

Furubotn e Richter (*apud* Pinheiro e Saddi, 2005) definem custos de transação como os que envolvem os custos dos recursos utilizados para a criação, manutenção, uso e troca, e assim por diante, de instituições e organizações. Aplicados à transferência de direitos de propriedade existentes e o estabelecimento ou transferência de direitos contratuais entre indivíduos ou entidades legais, os custos de transação incluem os custos de informação, negociação e imposição.

Para Williamson (1985), os custos de transação podem ser divididos em *ex ante* e *ex post*. O primeiro tipo se refere aos custos de projetar o contrato, negociá-lo e estabelecer salvaguardas que confirmam credibilidade aos compromissos assumidos. O segundo tipo, que o autor afirma importar às negociações contratuais em decorrência da tendência das partes em evitar o acionamento do judiciário (já que as soluções não são vistas como eficazes), dizem respeito aos custos de renegociação dos contratos quando estes não se mostrarem eficientes, os custos decorrentes do oportunismo em eventual renegociação, os custos associados à estrutura de governança (excetuando-se o judiciário) às quais os eventuais conflitos são cometidos e aos custos de comprometimento a fim de conferir segurança às negociações.

O autor adverte, no entanto, que há um fator complicador na determinação dos referidos custos, pois os custos *ex ante* e *ex post* são interdependentes, ou seja, devem ser considerados de forma simultânea em vez de sequencial. Tal dificuldade é mitigada pelo fato de que os custos de transação são sempre avaliados de maneira comparativa, em que uma forma de contratar é comparada a outra. Não se trata, portanto, de definir o valor absoluto da realização de uma transação, mas sim de observação da diferença entre as alternativas possíveis. A grande contribuição dessa abordagem ocorre com a análise do alinhamento entre as relações organizacionais, englobando práticas contratuais e estruturas de governança, e os atributos das transações previstos pela economia dos custos de transação.

3.5.2 Direitos de propriedade: o Teorema de Coase

Além dos estudos acerca dos custos de transação, Coase posteriormente analisaria também os direitos de propriedade em artigo intitulado *The Problem of Social Cost*, publicado em 1960, no qual se propõe a tratar de externalidades e de quem deve suportá-las. Para ele, é errado presumir que todo prejuízo deve ser coibido, pois se trata do que ele denominou de problema de natureza recíproca. Para que o prejuízo de A sobre B fosse evitado, seria necessário causar em troca um prejuízo a A.

A verdadeira questão a ser decidida seria, portanto, quem deveria suportar o prejuízo? Como evitar o prejuízo mais grave? Desse modo, Coase passou a analisar a alocação dos prejuízos e das responsabilidades a partir do critério da eficiência.

Os direitos de propriedade aparecem na questão a partir da definição de que seriam um conjunto de direitos (*bundle of rights*) cujo exercício é protegido contra interferência por outros agentes (Cooter e Ulen, 1988). Segundo Mueller (2005), a propriedade consiste em uma série de relações entre pessoas, que apenas incidentalmente envolvem uma coisa. Portanto, o direito de exercer uma atividade que cause prejuízo a outrem, é entendido como o direito de propriedade sobre determinados fatores de produção. Da mesma forma, o direito de ter seu patrimônio resguardado é também um direito de propriedade. A questão passa da discussão de responsabilização e prejuízo para a alocação dos direitos de propriedade que, no texto, são tratados também como passíveis de negociação.

Desse estudo derivou o Teorema de Coase, no qual se retoma o conceito de custos de transação para afirmar que, quando este custo é igual a zero, não importa a quem estejam alocados os direitos de propriedade, basta que sejam bem definidos, e então a solução final do processo de negociação será eficiente. Isso porque, na ausência de custos para negociar, o direito de propriedade sempre será alocado a quem o valoriza mais, vale dizer, a quem sofreria maiores prejuízos caso sofresse restrições em seus direitos.

No caso analisado por Coase em seu artigo, um confeitiro usava dois pilões para a realização do seu trabalho. Um médico veio, então, a ocupar o imóvel vizinho, construindo uma sala de consultório rente à cozinha do confeitiro, descobrindo, assim, que o barulho e a trepidação produzidos pelos pilões o impediam de realizar suas consultas, principalmente as auscultações em seus pacientes com problemas respiratórios, além de impedi-lo de efetuar qualquer atividade que envolvesse raciocínio e atenção. O médico, portanto, ajuizou ação para forçar o confeitiro e parar de usar o seu maquinário.

Para o autor, seria possível resolver a situação por meio da barganha entre as partes. O médico estaria disposto a renunciar ao seu direito e permitir que o maquinário continuasse funcionando se o confeitiro lhe pagasse uma soma de dinheiro maior que a perda de renda que ele sofreria se tivesse que se mudar para um local mais caro ou menos conveniente, ou ter que restringir as atividades desenvolvidas naquele local ou, ainda, construir uma parede abafadora do ruído. O confeitiro estaria disposto a fazer isso se a quantia que ele tivesse que pagar ao médico fosse menor que a queda na renda que ele sofreria se tivesse que mudar seu modo de operação naquele local, encerrar suas atividades ou mudar sua confeitaria para outra localidade.

Para Coase, a solução do problema depende, essencialmente, de saber se o uso contínuo do maquinário acrescenta mais à renda do confeitiro do que diminui da renda do médico. O confeitiro, por sua vez, poderia ser dissuadido de utilizar seu maquinário se fosse compensado pelo médico em valor superior à renda decorrente da realização de sua atividade. Isso se a renda do médico tivesse caído mais com o uso do maquinário do que o montante acrescentado à renda do confeitiro. Portanto, aquele que sofre menor prejuízo, estaria sempre disposto a negociar seu direito, sendo compensado pela outra

parte. Por outro lado, aquele que sofreria maior prejuízo mantém os seus direitos de propriedade, pagando, por isso, contrapartida inferior aos danos que teria de suportar.

Na existência de custos de transação, ou se os direitos de propriedade não estiverem bem definidos, no entanto, é necessário encontrar formas de reproduzir a alocação eficiente dos recursos que seria obtida pela negociação das partes, papel, este, desempenhado pelas instituições.

3.5.3 A Nova Economia Institucional

Esse entendimento deu origem a um campo de estudo denominado de Nova Economia Institucional (NEI), em que o desenvolvimento econômico é analisado a partir das instituições. De acordo com Mueller (2005), o que a NEI propõe é que, em vez de simplesmente abrir mão dos ganhos de troca que seriam obtidos com as negociações, os agentes econômicos tenham incentivos para organizar suas relações criando instituições que mitiguem os problemas impeditivos da negociação.

Segundo Morais (2008), o arcabouço analítico na NEI preserva a noção de escassez como problema fundamental da economia e a importância da competição nesse contexto, diferindo, porém, da visão neoclássica ao considerar que a dotação institucional conforma os incentivos econômicos. O autor, citando Douglass North (1994), afirma que o processo decisório dos agentes econômicos é permeado de subjetividade, incerteza e risco, razão pela qual há a necessidade de compreensão acerca de como se dá o processo de aprendizado dos atores econômicos e políticos. Nesse contexto, as instituições assumem significativa importância, porquanto representam mecanismos criados pelos indivíduos para estruturar e ordenar o ambiente, estando, assim, relacionadas às representações internas que os sistemas cognatos humanos criam para interpretar esse ambiente.

Nesse ponto, é necessário ressaltar que a NEI é apresentada em duas partes: uma que lida com o ambiente institucional – as regras do jogo – originária do artigo de Coase, *The Problem of Social Cost*; e a segunda, que lida com as instituições de governança – a forma de jogar – cujas origens advêm do artigo *The Nature of the Firm*, também de Coase (Williamson, 1998).

Para explicar a diferença entre elas, Williamson (1998) afirma serem quatro os níveis de análise social. Para esse autor, o primeiro diz respeito às instituições informais, tais como os costumes, tradições, normas sociais e religião, cuja prática surge espontaneamente, sem escolhas deliberadamente calculadas. Tal nível é objeto de análise de diversas ciências, mas raramente tratado na economia.

O segundo é o que se refere ao ambiente institucional. As estruturas observadas nesse nível são resultado da política, fornecendo as regras do jogo dentro do qual está organizada a atividade econômica. Nesse nível encontram-se a própria política, a burocracia, a legislação formal e o aparato judiciário.

Os estudos de Douglass North (1990) situam-se nesse nível de análise. Esse autor, ao abordar as instituições, afirma que estas incluem qualquer forma de limitação que os seres humanos divisam para moldar as interações humanas. Sendo assim, não são apenas formais ou informais, elas podem ser ambas, sendo criadas, como uma Constituição, ou simplesmente evoluir ao longo do tempo, como as regras da *common law*.

Para ele, instituições são a estrutura na qual a interação humana ocorre, sendo perfeitamente análogas às regras de um jogo competitivo. Assim, elas consistem em regras formais e escritas, bem como códigos de conduta não escritos, como, por exemplo, a regra que determina que não se deve lesionar outro jogador deliberadamente. E como demonstra tal analogia, algumas vezes essas regras são quebradas, levando a cabo a punição do faltoso. Portanto, uma parte importante no funcionamento das instituições é assegurar que as violações sejam retificadas sem custo adicional e que as punições sejam severas (North, 1990).

Retornando à classificação anteriormente discutida, o terceiro nível de análise é aquele no qual estão localizadas as instituições de governança. Segundo Williamson (1998), embora as normas que definem os direitos de propriedade – inseridas no segundo nível – se mantenham importantes, não se concebe um sistema legal em perfeito funcionamento que as aplique devidamente. Assim, ao invés do entendimento anterior de uma solução judicial sem custos, parte-se para a necessidade de comparação dos eventuais custos com soluções privadas de resolução de conflitos. É nesse nível que se insere a economia dos custos de transação. Partindo-se das regras do jogo como

parâmetros de restrição da atuação, o nível três se preocupa com a forma de se jogar o jogo.

Por fim, o nível quatro contempla a análise realizada pela teoria neoclássica que preocupa-se com a análise marginal, considerando que preço e quantidade são determinados de maneira contínua em resposta a alterações no mercado.

O presente estudo, por se propor a tratar de elementos contratuais, será desenvolvido no âmbito do terceiro nível, preocupando-se mais com as estruturas de governança que regem as relações decorrentes de transações econômicas do que com o ambiente no qual estas se desenvolvem.

Nessa abordagem, num primeiro momento a firma e, posteriormente, todas as formas de organizações, enquanto instituições que tem por objetivo a redução dos custos de transação, assumem papel central como mecanismo de coordenação dos agentes. E mais, as organizações passam a ser entendidas como um feixe de contratos coordenados, por meio do qual serão regidas as transações econômicas realizadas.

Diante disso, não só o estudo do papel das organizações se torna importante, mas também o contrato ganha relevância, expressando as estruturas de governança estabelecidas para as diversas relações firmadas entre os agentes.

Tais estruturas, como já ressaltado, desempenham papel fundamental na formatação do sistema econômico e, orientadas pelas instituições jurídicas (regras do jogo) contidas nos contratos que regem as transações, trabalharão pela redução dos custos econômicos delas decorrentes (Verleun, 2008).

Filiando-se a esse entendimento, Williamson (*apud* Pinheiro e Saddi, 2005), a partir da idéia de que os arranjos institucionais são aqueles entre as unidades econômicas, que administram os meios pelos quais estas podem cooperar, traz um enfoque contratual à organização da produção, destacando a sua função na adaptação dos agentes a situações imprevistas. Para ele, os custos de transação, passam, portanto, a ser os custos de realização de contratos e as transações econômicas podem mesmo ser entendidas como os próprios contratos. Resultado dessa nova abordagem é que se traça uma relação direta entre a elaboração dos contratos e os custos do próprio projeto.

3.5.4 Incompletude contratual

A importância atribuída aos contratos pela Nova Economia Institucional e o seu entendimento como elemento central na organização das transações leva os seus estudiosos a uma preocupação com a forma de elaboração desses instrumentos.

Isso porque, opondo-se ao paradigma neoclássico de que os agentes são absolutamente racionais, vale dizer, que eles conseguem resolver problemas complexos instantaneamente e sem custos, além de conseguirem prever situações futuras (Stanciolli, 2002), a NEI trabalha com o pressuposto de racionalidade limitada em que, conforme postulado por Simon (*apud* Williamson, 1985), as condutas dos agentes são intencionalmente racionais, mas somente conseguem sê-lo de modo limitado.

Sob essa perspectiva, os agentes possuem capacidade cognitiva restrita e não podem processar todas as informações percebidas. Dessa forma, dada a complexidade das relações em que se pretende contratar, os agentes, dentro de seu conhecimento e experiência, não têm condições de antever todas as situações passíveis de acontecer. A não ser nas transações mais simples, as partes contratantes não conseguem definir todos os detalhes relevantes e contingências de sua relação logo de início (Katz, 2005).

Em outras palavras, os contratos estabelecidos entre agentes econômicos não são completos, isto é, não estabelecem de maneira exata como deve ser o comportamento das partes em todas as circunstâncias possíveis e nem a forma como os custos e benefícios devem ser alocados.

Lyons (1996) afirma que contratos bem especificados podem, em grande parte, ser a solução para eventuais problemas na sua execução, entretanto, a racionalidade limitada quer dizer que contratos completos e contingentes devem permanecer como um ideal hipotético.

Com efeito, considerando um ambiente econômico e jurídico complexo e repleto de incertezas, qualquer tentativa das partes de preverem exaustivamente o que vai ocorrer no tempo da execução do contrato demandará esforços e negociação exagerados, o que tornará os contratos excessivamente extensos e onerosos.

Sendo assim, inevitavelmente os contratos apresentarão algum grau de incompletude (pois esta é a única forma viável de contratar) que será definido pela magnitude dos custos de transação. Cabe, neste ponto, voltar à classificação proposta por Williamson acerca desses custos, a partir da qual se percebe claramente a importância dos custos *ex ante* para a questão da incompletude contratual.

Para a economia neoclássica, a coordenação dos agentes econômicos é realizada via mercado, principalmente pelo sistema de preços. Contudo, dado que a lógica do mercado não é cooperativa, a vantagem dessa estrutura dependerá da capacidade daquele sistema de transmitir as informações necessárias de um agente a outro. Na visão da NEI, havendo dificuldade de isso acontecer, a firma, como mecanismo de coordenação dos agentes poderá fazê-lo por meio de contratos, obviamente, com um custo de transmissão dessas informações.

Por esse motivo, Nóbrega (2009) afirma que sempre haverá um *trade off* completude versus custos, advertindo também que a correta mensuração dos custos em relação ao grau de completude do contrato repercutirá em toda a execução contratual, determinando os custos da repactuação e do inadimplemento. Conclui, assim, que haverá um grau ótimo de completude contratual, o qual maximizará a função de utilidade dos contratantes. Dessa forma, para cada relação contratual há que se perquirir qual o grau de completude que melhor atenderá às suas finalidades, levando em consideração os custos em que se incorrerá.

Diante desse entendimento, tem-se que a incompletude contratual não é propriamente uma falha na elaboração do contrato, mas, antes, deve ser tratada como uma estratégia a ser adotada sob a perspectiva da racionalidade limitada das partes. No entanto, nem sempre as partes serão capazes de ponderar tais aspectos e propor soluções adequadas, razão pela qual nessa situação, a incompletude dos contratos pode, sim, ser decorrente de falha na sua preparação. Para Katz (2005), as partes deixam termos em branco sem perceberem que o fizeram, em parte porque dedicam atenção ou recursos limitados à sua negociação e em parte porque os contratos são expressos em linguagem comum, com todas as suas ambiguidades.

Nessa mesma linha, Nóbrega (2009) trata a incompletude dos contratos a partir da incapacidade das partes de escrever todas as contingências relevantes por conta da

dificuldade em traduzir em linguagem escrita todas essas hipóteses. Para o autor, a linguagem seria uma idealização da realidade e, portanto, falha para descrever todas as hipóteses relevantes.

3.5.5 Análise econômica dos contratos

Tendo em vista as discussões apresentadas até o momento, considerando a existência de custos de transação, incertezas, racionalidade limitada e a necessidade de alocação eficiente dos direitos de propriedade, a teoria contratual na economia, segundo Lyons (1996), tem como propósito principal encontrar especificações relativamente simples para alcançar o que um contrato contingente conseguiria, mas em situações de risco ambiental e comportamental. Nessa linha, o autor identifica alguns temas que têm norteado a pesquisa contratual, os quais serão tratados a seguir.

Inicialmente, tem-se o risco ambiental. O autor assevera que o risco representa um problema quando ambas as partes são avessas a ele e preferem um fluxo de caixa mais estável, ainda que isso reduza os seus ganhos esperados. Em mercados em que não seja possível a contratação de seguros, é desejável que haja uma estrutura de repartição de riscos entre as partes. Essa tem sido a base para a maior parte da teoria da repartição dos riscos.

O tema seguinte diz respeito ao monitoramento dos esforços. Se o sucesso de uma transação depende da quantidade de esforço despendido pelas partes, existe o risco de que alguma delas acabe por esforçar-se menos do que o acordado. Considerando que o esforço não é facilmente observável, o resultado é uma assimetria de informação entre as partes. Esse é o tema objeto da Teoria Principal-agente, que investiga a natureza de incentivos contratuais ótimos, os quais proporcionam ao agente uma recompensa baseada em eventos observáveis e altamente correlacionados com o grau de esforço despendido. Essa literatura será tratada no presente trabalho mais adiante.

O terceiro tema abordado por Lyons (1996) é o relativo aos investimentos específicos. Aqui o autor situa a literatura relativa aos custos de transação que, segundo ele, deixa de lado a questão da assimetria de informação e da aversão a riscos para enfatizar as dificuldades no *enforcement*⁵ dos contratos, qualquer que seja o seu conteúdo. As

⁵ Optou-se pela utilização do termo em inglês para que o seu entendimento não fosse prejudicado.

dificuldades se apresentam maiores se a natureza da transação for complexa, se a troca realizada não for frequente e se a transação estiver sujeita a mudanças de natureza incerta.

Tais dificuldades, no entanto, só seriam um problema grave se investimentos específicos tivessem sido realizados haja vista que, sendo os contratos incompletos, uma das partes poderia agir de forma oportunista renegociando os termos do contrato em seu próprio proveito, dado origem a um problema conhecido como *hold-up*. Embora incompletos e imperfeitos, contratos de longa duração podem ser utilizados para proteger investimentos específicos.

Essa linha de pesquisa, no entanto, vai além do uso de sanções legais para conferir obrigatoriedade a contratos de longa duração utilizando-se, primordialmente, de mecanismos privados. A economia dos custos de transação também será objeto de discussão futura neste trabalho.

3.5.6 O arcabouço regulatório na teoria contratual

Como se vê, a teoria econômica contratual fornece amplo ferramental teórico para a análise dos mais diversos aspectos referentes ao contrato na busca pela forma mais eficiente de contratar. No entanto, em se tratando de contratos administrativos relacionados a serviços públicos, há um componente regulatório ao qual se deve atentar.

É o que afirmam Levy e Spiller (*apud* Moraes, 2008), ao analisar o desempenho do processo de privatização das telecomunicações em diversos países. Para esses autores, a regulação passa por um problema contratual, e a capacidade das instituições regulatórias de demonstrar comprometimento contra expropriações administrativas é fundamental para o desempenho dos setores de infra-estrutura operados pela iniciativa privada. Em se tratando de serviços de utilidade pública, ou, no caso específico, de serviços públicos, os autores apontam como características (i) a economia de escala ou de escopo, implicando em pequeno número de ofertantes, (ii) a especificidade dos ativos e (iii) o uso extenso de usuários domésticos, o que favorece a existência de componente político no processo de reajuste tarifário desses serviços. Tais características tornariam o serviço particularmente sujeito à expropriação administrativa, suscitando, então, problemas contratuais que limitam o potencial de investimento no setor.

Sendo assim, os autores sugerem três mecanismos de aprimoramento do marco regulatório: limitações substanciais sobre o arbítrio do regulador, limitações formais e informais à alteração do sistema regulatório e instituições que convalidem tais limitações. Ressaltam, ainda, a importância da conformidade do sistema de incentivos com a dotação institucional do país, a qual deverá fornecer suporte para distinguir comportamentos arbitrários e oportunistas da discricionariedade natural conferida ao regulador.

Dessa forma, o desenho regulatório deve ser percebido a partir de dois componentes, a governança regulatória, que incorpora os mecanismos utilizados pela sociedade para restringir a discricionariedade dos reguladores e solucionar eventuais conflitos decorrentes da regulação e os incentivos regulatórios, que envolvem regras referentes a reajuste tarifário, subsídios, entrada de novos atores, e temas correlatos.

Morais (2008), ainda citando Levy e Spiller, afirma que a estrutura de incentivos regulatórios tem sido a preocupação central da maioria dos trabalhos da área, em detrimento da governança regulatória. Entretanto, embora os incentivos possam afetar o desempenho dos agentes privados, só haverá pleno impacto dos mesmos se a estrutura de governança for adequada.

Conclui-se, portanto, que embora o estudo dos mecanismos contratuais, principalmente com enfoque na eficiência como faz a economia, seja necessário, no presente caso, em que se discute contratos de permissão de transporte público, a estrutura regulatória que lhes dá suporte tem grande relevância para o sucesso da sua execução, e não deverá ser desconsiderada. O trabalho ora desenvolvido, no entanto, tem enfoque contratual, razão pela qual não se adentrará, nesta oportunidade, na discussão regulatória.

4. INCENTIVOS

4.1 APRESENTAÇÃO

Conforme anteriormente tratado, o presente trabalho parte da análise realizada pela Nova Economia Institucional, em que os contratos são entendidos como peças-chave na realização das transações econômicas, possibilitando e conformando-as de acordo com os seus termos. É necessário ressaltar, entretanto, que a abordagem de contrato ora adotada passa longe daquela comumente utilizada nos estudos contratuais, na qual os contratos são vistos como regra jurídica que depende do acesso a um foro externo, através do qual correções seriam oferecidas conforme prescrição de alguma estrutura oficial, definidas por especialistas que atuam sob os auspícios do Estado (Galanter *apud* Williamson, 2005).

Segundo Williamson (1985), até o momento, a maior parte dos estudos presume a existência de normas legais eficazes, que são aplicadas pelas cortes de maneira informada, sofisticada e com baixos custos. Para o autor, isso tem se mostrado bastante conveniente, na medida em que advogados e economistas são eximidos da necessidade de examinar as formas pelas quais as partes contratam com o intuito de se distanciar dos mecanismos de resolução de conflitos estatais, criando, por seu turno, mecanismos privados. Os fatos, entretanto, revelam que esta tem sido a regra.

Dessa forma, torna-se necessário pensar em contratos a partir de uma teoria que, segundo Rubin (*apud* Williamson, 2005), incorpore o processo contratual em si, ao invés do processo contratual judicial, o que, acredita-se, possa ser realizado com aportes da Nova Economia Institucional. Nesse sentido, a preocupação com o processo demanda que sejam levados em consideração tanto a fase pré-contratual, quando é desenhado o contrato e escolhidos os mecanismos que atuarão na relação, como a fase pós-contratual, de execução do objeto.

Esses dois aspectos são trabalhados, conforme explica Williamson (1985), por teorias que, a partir de uma idéia de eficiência contratual, contemplam o alinhamento de objetivos por meio de incentivos e a economia de custos de transação. Enquanto a literatura de incentivos tem como foco questões relacionadas à fase pré-contratual, em que novas formas de direitos de propriedade e contratos complexos são vistos como

medidas de superação de incentivos deficientes decorrentes de práticas contratuais mais simplórias, a economia dos custos de transação se preocupa com aspectos *ex post* da relação contratual.

O autor ainda subdivide tais teorias em abordagens que envolvem, para a teoria dos incentivos, os direitos de propriedade e a relação de agência e, para os custos de transação, governança e *measurement*⁶.

A literatura de direitos de propriedade enfatiza que estes, os quais englobam o direito de usar o bem, de se apropriar dos frutos dele decorrentes e de modificar a forma ou substância do bem, importam. Assim, entende-se que, definidos adequadamente os direitos de propriedade, o que se faz pela lei e demais instituições formais, dali em diante a utilização dos bens se dará de forma a contribuir para os propósitos de seus donos, resultando em uma relação eficiente. Desse modo, a ineficiência é vista como resultado da má distribuição dos direitos de propriedade, o que provoca a alocação inadequada de recursos.

Por outro lado, a relação de agência é explorada a partir da separação da propriedade e da gestão, e parte do pressuposto de que o principal, ao contratar, tem pleno conhecimento dos problemas gerados pela execução indireta do seu negócio, o que possibilita a ele estipular previamente todas as ações relevantes para manter os seus objetivos. Entretanto, tendo em vista o reconhecimento, por essa literatura, de complicações contratuais na forma de assimetria de informações, o problema a ser examinado diz respeito à formação de arranjos contratuais complexos, que permitam a definição *ex ante* de todos os pontos relevantes à execução contratual.

Já a teoria dos custos de transação, conquanto tenha em comum com a literatura de incentivos o pressuposto de que os direitos de propriedade são relevantes e que incentivos *ex ante* sejam necessários, se afasta daquela na medida em que coloca em dúvida a eficácia das cortes na resolução de conflitos. Dessa forma, o enfoque dessa abordagem reside nas soluções privadas. Williamson (1985) descreve o problema como sendo a investigação de quais instituições são criadas, com quais processos decisórios e quais propriedades de resolução de conflitos. Assim, à questão dos direitos de

⁶ A tradução da palavra *measurement* seria medição. Entretanto, optou-se pela manutenção do termo original para que não haja prejuízo ao entendimento.

propriedade e de alinhamento de incentivos, a economia dos custos de transação acresce o entendimento de que o suporte *ex post* conferido às instituições tem fundamental importância.

Como se vê, as teorias apresentadas agregam todas as considerações que se julga relevantes para a proposta do presente trabalho, qual seja, o entendimento dos contratos de concessão de transporte coletivo público sob a ótica da eficiência, servindo, portanto, como suporte teórico para as diretrizes que serão adiante apresentadas.

Entretanto, é de se ressaltar que não serão aqui utilizadas todas as abordagens acima mencionadas. Com efeito, elementos de todas elas serão considerados para o entendimento buscado, entretanto, apenas a relação de agência e as estruturas de governança da economia dos custos de transação serão estudadas mais a fundo.

4.2 COMPORTAMENTOS OPORTUNISTAS

A Nova Economia Institucional, como apresentado no capítulo anterior, sugere o questionamento de pressupostos adotados pela economia neoclássica, tais como a racionalidade substantiva e a informação perfeita, na explicação dos fenômenos econômicos, propondo, em seu lugar, que se tome como parâmetros a racionalidade limitada e a assimetria informacional.

Nesses termos, todo o estudo produzido por essa escola de pensamento tem como particularidade a análise de características decorrentes dessa condição. Conforme escreve Williamson (2005, p. 21), citando Simon, “Nada é mais fundamental para definir nossa agenda de pesquisa e estruturar nosso método de pesquisa do que a visão da natureza dos seres humanos cujo comportamento estamos estudando”.

Assim, para a construção de um conhecimento pautado nas reais características humanas, desprovido de presunções que atendem apenas à conveniência, o autor enumera, como principais características a serem consideradas, a sua condição cognitiva – já descrita como a da racionalidade limitada – e o auto-interesse, que será explorado neste tópico.

Embora Simon (*apud* Williamson, 2005) tome como característica humana o que ele denominou de fragilidade motivacional, o que sugere um comportamento

predominantemente benigno, Williamson (2005) entende que devemos considerar as exceções. De fato, a maior parte dos indivíduos fará aquilo que se comprometeu a fazer, a alguns farão até mais. No entanto, para o autor, muito do que interessa no comportamento geral dos indivíduos e das organizações diz respeito àqueles que fogem do padrão:

Em face a choques imprevisíveis para os quais contratos incompletos não conseguem antecipar soluções corretas ou adequadas (...) Considerações de cunho estratégico são justificáveis se, não por motivos de fragilidade motivacional, mas causadas pela presença de oportunismo (Williamson, 2005, p. 22).

Note-se que não se trata de afirmar que todos os indivíduos são continuamente ou mesmo largamente propensos ao oportunismo, mas do simples reconhecimento de que alguns deles, algumas vezes, o são, e que essa característica é raramente percebida *ex ante*.

Exemplificando a importância da inserção do auto-interesse na análise contratual, Williamson (1985) propõe cenários em que se avaliam situações na presença ou ausência da racionalidade limitada (primeiro pressuposto adotado) e da condição de oportunismo. Com vistas a refutar afirmativas de que a racionalidade limitada é o que realmente importa e o que explicaria todos os fenômenos, ele debate que, sim, na ausência de limitações à racionalidade, contratar é tarefa simples, eis que todos os problemas decorrentes de oportunismos seriam eliminados sem qualquer custo. No entanto, mesmo assumindo a racionalidade limitada, na ausência de oportunismo, a contratação se torna simples pela inclusão de cláusulas gerais de promessa de revelar todas as informações relevantes e se comportar de maneira cooperativa durante toda a execução contratual.

Para o autor, dado que todos agiriam exatamente da forma acordada, mesmo em situações imprevistas as soluções encontradas seriam eficientes, desde que o acordo contivesse a cláusula geral acima mencionada. A dificuldade em contratar, e que demanda maior investigação, portanto, existiria somente quando presentes tanto a

racionalidade limitada quanto o oportunismo, que é, ele afirma, a condição real das transações econômicas.

Resumindo este ponto, Williamson (1985) apresenta o seguinte esquema, que classifica as situações de acordo com as características dos indivíduos contratantes, delineando, ainda, as características contratuais:

		Racionalidade Limitada	
		Ausente	Admitida
Oportunismo	Ausente	Ideal	Contratação com Cláusulas Gerais
	Admitido	Contratação Compreensiva	Sérias Dificuldades Contratuais

Figura 4.1: Classificação dos contratos (modificado – Williamson, 1985)

Feitas essas considerações, o oportunismo é por ele definido como o auto-interesse com uso de fraude, que engloba comportamentos como mentira, roubo e traição, mas que não se limita a eles. Do contrário, adverte que normalmente o oportunismo se manifesta de formas mais sutis. A literatura econômica tem classificado os comportamentos oportunistas em duas principais manifestações: seleção adversa (*adverse selection*) e risco moral (*moral hazard*).

4.2.1 Seleção adversa

Segundo Varian (2003), a seleção adversa é um problema decorrente do custo de acesso à informação, caracterizando-se pela seleção do produto a ser demandado de forma ineficiente. Refere-se a uma tendência negativa na qualidade de bens ou serviços oferecidos quando variações na qualidade dos bens individuais pode ser observada somente por uma das partes.

Com efeito, suponha-se que vendedores de bens de maior qualidade tenham preço de reserva mais alto que aqueles que vendem bens de menor qualidade, sem, entretanto, que os consumidores consigam verificar qual a qualidade do bem que eles estão adquirindo. Qualquer mix de produtos vendidos ao preço de mercado necessariamente incluirá bens de menor qualidade.

Nesse caso, os consumidores estarão dispostos a pagar apenas o valor esperado do bem, que geralmente será menor do que o preço de reserva do vendedor de um bem de alta qualidade. Como resultado, nenhum bem de alta qualidade será vendido nesse mercado (Varian, 2003). Diante disso, o autor conclui: na seleção adversa, os itens de baixa qualidade expulsam do mercado aqueles de alta qualidade, devido ao alto custo de se obter informação.

Do ponto de vista contratual, a seleção adversa é oriunda de comportamentos oportunistas derivados da assimetria de informação em momento anterior à celebração do contrato (Pinto Jr. e Pires, 2000). Em outras palavras, os indivíduos têm informações pessoais relevantes que lhe permitem agir de maneira oportunista antes mesmo do estabelecimento do contrato, pela sua omissão.

Exemplificando a seleção adversa, Varian (2003) apresenta o clássico mercado dos automóveis usados, também conhecidos como *lemons*⁷. Nesse caso, tanto os vendedores quanto compradores atribuem valor semelhante aos automóveis com determinados atributos, entretanto, somente os vendedores têm condições de observar a qualidade de cada bem individualmente. Os compradores conseguem observar somente a distribuição de qualidade dos carros ofertados. Dessa forma, carros de menor qualidade podem ser vendidos entre outros de maior qualidade sem que o consumidor tenha condições de identificá-los.

Da mesma forma, um empregador não tem como avaliar a qualidade ou adequação de um candidato a determinado emprego. Se ele pergunta ao candidato sobre a sua capacidade intelectual, liderança e responsabilidade para com o trabalho, raramente ofertam-se respostas sinceras. Assim, ao final o empregador pode acabar contratando

⁷ Varian (2003) explica que, na língua inglesa, *lemon* é uma gíria que equivale a “abacaxi” em português do Brasil.

um mau empregado. . O problema de seleção adversa é também fortemente observado no mercado de seguros (Contador, 2007).

O problema da seleção adversa, no entanto, pode ser mitigado por meio de mecanismos utilizados pelos agentes para captar as informações privadas e amenizar o oportunismo pré-contratual. São elas a sinalização (*signaling*) e a varredura (*screening*).

A sinalização diz respeito à emissão de sinais e fornecimento de informação pelo agente que a detém (Pinto Jr. e Pires, 2000). Por exemplo, no caso do empregado, a sua formação universitária pode sinalizar sua inteligência e perseverança, enquanto atividades extracurriculares podem sinalizar a sua capacidade de liderança (Petersen, 1993).

Já a varredura diz respeito à busca de informações pela outra parte (Pinto Jr. e Pires, 2000). Petersen (1993) afirma que, nesse caso, há dois problemas a serem enfrentados pelo agente que se propõe a realizar a varredura: (i) a seleção do agente mais desejável e (ii) a indução a que o agente faça a escolha correta. Para tanto, apresenta duas estratégias.

A primeira diz respeito a um procedimento com duas etapas. Inicialmente realiza-se a varredura e, em seguida, busca-se um esquema de compensação que induza o agente a apresentar bom desempenho. A segunda estratégia, que envolve apenas uma etapa, pois não há varredura inicial, e diz respeito à criação de uma estrutura de compensação que ofereça a cada agente duas opções de remuneração, em função do seu desempenho. Um dos sistemas é construído de forma que todos aqueles que tiverem alto desempenho o escolham. O outro, de forma que todos aqueles que costumeiramente tenham baixo desempenho o escolham. Desse modo uma varredura inicial é dispensável, pois os próprios agentes se auto-selecionarão, permitindo dar a cada um deles o tratamento adequado.

4.2.2 Risco moral

O risco moral, por sua vez, ocorre em função de condutas dos agentes que podem aumentar ou diminuir a probabilidade de ocorrência de riscos nas transações *ex post*. É fruto de comportamentos oportunistas ao longo da execução do contrato, ou de um comportamento imprevisto. A informação assimétrica não é relativa a características

desconhecidas dos agentes, mas a um comportamento oportunista escondido. Varian (2003) classifica que enquanto a seleção adversa diz respeito a um problema de *informação oculta*, o risco moral é conhecido como um problema de *ação oculta*.

De acordo com o New Palgrave Dictionary of Economics, risco moral pode ser entendido como ações dos agentes econômicos para maximizar a sua própria utilidade em detrimento dos outros em situações em que eles não arcam com as consequências totais ou, equivalentemente, não desfrutam dos benefícios totais de suas ações devido a incertezas e informação incompleta ou contratos restritos, que impedem a atribuição dos prejuízos (benefícios) aos agentes responsáveis (Kotowitz, 2008).

Conforme afirma Kotowitz (2008), é uma forma especial de incompletude contratual que cria um conflito entre a utilidade do agente e a dos demais, podendo acontecer devido a uma série de motivos: coexistência de assimetria informacional e aversão a risco, custos e barreiras legais para contratação e custos de *enforcement* contratual.

Para Stancioli (2002) o risco moral ocorre quando o agente econômico altera o seu comportamento em relação ao que foi previsto no contrato, pois suas ações não podem ser monitoradas e, portanto, ele está isolado das consequências das ações. Ou seja, nas situações em que o responsável pela ação além de não arcar com o seu custo total, não pode ser monitorado perfeitamente, surge a possibilidade de o agente agir de forma oportunista, influenciando o montante da despesa.

O autor apresenta como exemplo de risco moral os contratos de seguro saúde. Nesse caso, tanto o paciente quanto o médico podem apresentar esse tipo de comportamento oportunista. O paciente pode consumir serviços médicos além do nível que consumiria se tivesse que arcar com as despesas e o médico pode incrementar, além do necessário, procedimentos de diagnose, tratamento e terapia.

Como soluções para a situação de risco moral, Williamson (*apud* Pinto Jr. e Pires, 2000), apresenta mecanismos compensatórios, como o monitoramento, os contratos de incentivos e as *joint-ventures* – acordos empresariais que implicam a posse conjunta de ativos, criando compromissos mais sólidos e críveis entre as partes.

O monitoramento, como denota a própria nomenclatura, consiste no monitoramento das condições do contrato, possibilitando a identificação de comportamentos inapropriados

antes mesmo de eles ocorrerem. Já os contratos de incentivos consistem em mecanismos contratuais que visam estimular o comportamento positivo por meio do alinhamento dos objetivos das partes.

Corroborando o entendimento acima, Petersen (1993) afirma que a mitigação do risco moral pode ser efetuada vinculando a remuneração do agente ao resultado apresentado por seu trabalho (incentivos) ou monitorando o seu esforço. Para o autor, a escolha entre as duas formas irá depender de uma série de fatores, dentre os quais o custo e precisão com que os resultados e ações podem ser observados e mensurados.

4.3 A RELAÇÃO DE AGÊNCIA

A preocupação com o estudo do contrato como processo nos remete à investigação do momento de elaboração contratual, em que são realizadas as tratativas e apresentadas as expectativas das partes. Nesse sentido, tomando-se como base já o objeto de estudo, transporte coletivo de passageiros – cuja execução usualmente é realizada de forma descentralizada – cabe fazer uso da literatura de agência, que estuda precisamente o problema provocado pela separação entre propriedade e gestão.

A relação agente-principal é uma relação de delegação que pode ocorrer ou porque o principal se beneficia da descentralização de certas atividades, aumentando seus rendimentos, ou porque se encontra no limite de sua competência técnica e precisa agregar ao processo produtivo alguém com especialidade técnica (Ross, 1973).

Quando o principal exerce essa opção, entretanto, é naturalmente levado a delegar também ao agente a autoridade no que diz respeito à tomada de decisões. Todavia, se ambas as partes da relação são, em tese, maximizadoras de utilidade, há bons motivos para crer que nem sempre o agente irá agir no melhor interesse do principal (Jensen e Meckling, 1976).

A esta questão, soma-se a assimetria informacional. A delegação de uma atividade traz uma diferenciação natural entre o agente e o principal. Necessariamente, o acesso à informação no processo produtivo é incrementado do lado do agente e, por sua vez, diminuído do lado do principal. Por outro lado, a execução da atividade depende de características do agente que, em princípio, são desconhecidas pelo principal.

Note-se que tais informações só poderão ser obtidas facilmente se o próprio agente as fornecer, entretanto, com baixo grau de confiabilidade. Embora existam alternativas à obtenção da informação necessária, estas geram um custo adicional à transação que, em todo caso, reduzirá a sua eficiência. Além disso, a relação entre o esforço esperado do agente e os resultados desse esforço é imperfeita, de forma que no modelo agente-principal, este último não tem como aferir o nível de esforço exercido pelo agente para a consecução dos seus objetivos.

Sendo assim, essa teoria se interessa pelo relacionamento entre dois atores econômicos que, considerando as características acima mencionadas, atenda aos seguintes pressupostos: i) o agente dispõe de vários comportamentos possíveis de serem adotados, ii) a ação do agente não afeta somente o seu próprio bem-estar, mas também o do principal e iii) as ações dos agentes dificilmente são observáveis pelo principal (Azeredo, 2007).

O problema da relação de agência, entretanto, não decorre da simples assimetria informacional entre as partes, mas para ele concorre também o conflito de interesses entre elas. Conforme frisado no tópico anterior, os agentes são naturalmente propensos ao oportunismo, tendendo sempre a fugir de suas responsabilidades e maximizar os seus benefícios (Williamson, 1985). Considerando, assim, que o objetivo do agente não é semelhante ao do principal – enquanto a um importa a boa execução da atividade delegada, ao outro, a maximização dos seus ganhos com o menor esforço possível – a impossibilidade de monitoramento do desempenho do agente constitui grave problema para a execução do contrato (Ross, 1973).

Sendo assim, o problema da relação de agência em tudo se amolda às situações de comportamentos oportunistas já tratadas, vale dizer, seleção adversa e risco moral, com maior destaque para este último. Diante desse cenário, ao principal resta a utilização dos mecanismos de compensação propostos anteriormente, como monitoramento e incentivos, para tentar limitar as divergências entre as ações do agente e os seus interesses. A Teoria da Agência, então, estuda como o principal pode estabelecer um sistema de compensação que motive o agente a agir de acordo com os interesses do primeiro, por meio do alinhamento dos seus objetivos (Siffert *apud* Azeredo, 2007). Isso pode envolver uma série de incentivos: pagamentos baseados em medidas de

desempenho do agente ou o esforço por ele despendido, promessas de repetição dos negócios, boas recomendações a outros potenciais contratantes, promoção, elogios, status, e daí por diante (Roberts, 2010).

Questão a ser considerada nesse ponto é aquela relativa aos custos. É impossível para o principal, a custo zero, garantir que o agente tomará decisões ótimas do ponto de vista daquele principal. Com efeito, as medidas acima mencionadas, em especial o monitoramento, que compreende custo de obtenção de informações, envolvem gastos elevados. Estes custos são conhecidos como custos de agência. Entretanto, ainda assim é possível que ocorra divergência entre as decisões tomadas pelo agente e aquelas que maximizariam o bem-estar do principal. O equivalente em dólar na redução do bem-estar do principal é denominado de perda residual, e é também um custo de agência.

Segundo Jensen e Meckling (1976), o problema da agência, qual seja, o de induzir um agente a se comportar como se ele estivesse maximizando o bem-estar do principal, é bastante geral, e pode ser aplicado às mais variadas organizações e esquemas cooperativos, inclusive às relações governamentais.

Nesse sentido a análise efetuada por Pinto Jr. e Pires (2000), que aplica à regulação dos setores de infra-estrutura os aportes da teoria da agência. Para eles, dentro da tarefa de regular, a questão da formação de preços é central, pois envolve aspectos de excedente e de sua distribuição, destacando-se entre as tarefas dos reguladores a fixação de tarifas que atendam aos interesses dos consumidores e das empresas reguladas.

Como expõem os autores, além da dificuldade de fixar tarifas justas e garantir a universalidade do serviço, o órgão regulador encontra dificuldades adicionais na assimetria de informação existente entre ele e o regulado, já que não possui informações sobre a estrutura de custos da empresa, ou de seu processo produtivo. Além do que, não há como o regulador conhecer todas as atividades de uma firma, principalmente nos casos de firmas *multi-utilities*, perfazendo-se mais um óbice à atividade do regulador, que tem a tarefa de fazer a empresa cumprir objetivos sociais distintos dos seus próprios.

Assim, eles colocam: mesmo admitindo-se a vigência de um contrato entre as partes (como por exemplo, um contrato de concessão), a relação e o próprio cumprimento dos

dispositivos contratuais se enquadra num contexto de informação assimétrica, pois o principal dispõe de um conjunto imperfeito de informações sobre o agente. Se essas informações são referentes à estrutura de custos do agente (empresa regulada), é de se esperar que o principal (regulador) tenha uma base de conhecimento que depende da confiabilidade das informações prestadas pelo agente. Neste ponto encontra-se o problema da captura do regulador por parte da firma regulada, uma vez que o primeiro tem que tomar suas decisões baseado nas informações recebidas do último.

O regulador, portanto, ciente da assimetria de informações a que está sujeito, deve evitar cair numa situação de captura regulatória: ou seja, pautar suas ações a partir dos interesses da empresa regulada em detrimento do interesse público. Tal situação, dentre outros aspectos, pode gerar a perda de credibilidade do regulador como árbitro dos conflitos, o que causa elevação dos custos e diminuição da eficácia da regulação.

Para evitá-la é necessário que o regulador procure outra forma de obter tais informações, o que novamente nos leva à questão dos custos. O ideal é estabelecer um mecanismo que induza a firma a revelar as informações de que o regulador necessita, ou induza à eficiência e à repartição do ganho de eficiência com os consumidores.

Nesse ponto os autores fazem a ligação com a teoria da agência. Para eles, o grande ponto colocado por esta vertente da teoria dos contratos é que é difícil monitorar o esforço dos atores econômicos envolvidos em uma transação, da qual decorre uma grande dificuldade na elaboração dos contratos. Por esta razão são incluídos esquemas de incentivos baseados no desempenho observado.

Com efeito, no modelo agente-principal, em que um principal contrata um agente cujo esforço ele não pode observar diretamente, o agente é tentado a ser negligente em seu esforço. Por sua vez, o principal tenta superar esse risco moral desenhando um contrato em que a compensação do agente é baseada em resultados.

Entretanto, nem sempre essa construção de incentivos com base em resultados será válida. Conforme já mencionado, a relação entre esforço do agente e resultado da transação é imperfeita, podendo sofrer interferência de inúmeros eventos aleatórios, relacionados ao ambiente. Desse modo, quanto maior a interferência, menor a influência dos incentivos na conduta dos agentes. Por outro lado, muitas organizações não

possuem um único objetivo, claro e passível de mensuração, de maneira a atrelar os incentivos à sua consecução. É o caso das organizações sem fins lucrativos e das próprias agências governamentais, que devem zelar por uma série de objetivos sociais (Baker, 1992).

Dessa forma, continua Baker, dado que o agente detém vantagem informacional sobre o principal e este último não tem como contratar o seu real objetivo, ele fica forçado a se utilizar de medidas de desempenho, em oposição aos resultados, para dizer ao agente o que fazer. Essas medidas, entretanto, nem sempre proporcionarão incentivos corretos ao agente, de forma que este tenderá a desenvolver ações que o principal, se tivesse a informação que o agente tem, consideraria não ótimas.

Sobre a questão de incentivos errados, Roberts (2010) adverte que incentivos fortes dentro das organizações é, na maior parte das vezes, uma idéia ruim. O problema, segundo o autor, é que as pessoas respondem com tanta acuidade a incentivos mal desenhados, quanto aos incentivos bem estruturados. E quando esses incentivos mal desenhados são fortes, eles podem levar a comportamentos verdadeiramente odiosos e os resultados podem, então, ser terríveis.

O fato é que, se desenhar incentivos úteis é bastante complicado, desenhar incentivos que são ao mesmo tempo úteis e fortes é frequentemente impossível. Com efeito, se a contratação ocorre sem maiores problemas, os mercados prevalecem; então, desenhar incentivos para contratação dentro de outras estruturas de governança é sempre um desafio (Roberts, 2010). Dessa forma, o autor apresenta algumas situações em que incentivos fracos funcionam melhor do que incentivos fortes, devido às particularidades das situações.

A primeira, segundo ele, é quando não existem boas medidas referentes aos esforços ou desempenho do agente. Quanto piores as medidas daquilo que o agente está tentando alcançar, mais fraco deve ser o incentivo. Dois exemplos são fornecidos.

Quando os únicos indicadores do desempenho do agente são enviesados, como no caso em que medidas de retorno de curto prazo estão disponíveis, mas não as de longo prazo, motivar o agente por meio de remuneração baseado nessas medidas imperfeitas pode levá-lo à maximização em relação às medidas utilizadas, e não ao valor efetivamente

gerado. O agente que é remunerado com base em resultados de curto prazo, por exemplo, tenderá a ignorar as implicações de longo prazo das suas ações. Portanto, recomenda, se as medidas disponíveis refletem de forma verdadeiramente errada os objetivos do principal, não tente usá-las como motivação, porquanto um incentivo ruim é pior do que incentivo nenhum.

Como segundo exemplo, tem-se o caso, já mencionado, de medidas afetadas por ruído decorrente da interferência de eventos externos aleatórios. Variações nas medidas não refletem verdadeiramente o desempenho do agente e não estão sob o seu controle, sendo impossível identificar o que, de fato, é resultado de esforço e o que decorre de interferência externa no seu desempenho. Remunerar o agente com base em medidas tão ruidosas aumenta o seu risco, aumentando, também o custo de fazê-lo suportar tal incerteza. Assim, o custo marginal dos incentivos é mais alto, enquanto os retornos se mantêm os mesmo, de forma que a solução é fornecer incentivos mais fracos.

A segunda situação que demanda incentivos fracos é aquela em que o principal deseja induzir o *multi-tasking*. Quando existe uma atividade com medidas excelentes que, em tese, suportaria incentivos fortes, mas existe outra com medidas ruins, se o principal deseja que o agente se encarregue de ambas e as duas atividades competem pelo interesse do agente, então ambas deve receber incentivos fracos (Holmström e Milgrom *apud* Roberts, 2010). Supõe-se que o agente se importa apenas com o tempo total que ele gasta com as duas atividades. Dessa forma, se a intenção é induzi-lo a realizar ambas, ele deve ser remunerado igualmente para ambas, senão, passará todo o seu tempo realizando a atividade que melhor remunera.

A última situação a ser tratada no presente trabalho diz respeito ao caso em que o principal deseja motivar a experimentação. De acordo com Roberts (2010), suponha-se que existem duas maneiras de um agente realizar uma tarefa. Uma é comprovadamente eficaz, e tem grandes possibilidades de sucesso; a outra ainda não foi comprovada e sua probabilidade de sucesso é desconhecida. No entanto, o novo método pode ser melhor que o antigo e, uma vez utilizado, apresentar melhores resultados.

O principal não tem condições de saber qual método foi adotado pelo agente, então, o seu problema é decidir se ele quer induzir o agente a utilizar o método comprovado ou experimentar novos métodos. Se ele quer que o agente utilize o método comprovado,

então o contrato ótimo é exatamente aquele previsto pela teoria da agência padrão: recompensas significativas para cada período. Mas se ele quer que o agente utilize o método experimental, sucesso no primeiro período é um mau sinal, porque ele é mais provável de ocorrer quando o agente esteja desobedecendo e utilizando o método comprovado. Nesse caso, incentivos extremamente fracos devem ser oferecidos no primeiro período⁸, ao passo que recompensas substanciais devem ser oferecidas do segundo período em diante para induzir que o agente despenda qualquer esforço.

Importa ressaltar que as situações acima discutidas são apenas algumas das que devem ser consideradas para fins de desenho de uma estrutura de incentivos. O que é certo é que cada relação contratual específica apresentará particularidades a serem consideradas, que dependem, por exemplo, das características pessoais das partes contratantes, do objeto a ser executado, da frequência com que a relação é travada e do tempo de permanência do contrato, entre outros muitos aspectos. Conforme afirma Verleun (2008), cada instituição terá uma estrutura de incentivos própria, dependendo dos seus objetivos estratégicos e do grau de complexidade do serviço, entre outros requisitos.

Seja qual for a abordagem dos incentivos, no entanto, questão essencial a ser considerada é quanto ao atendimento dos diversos interesses envolvidos no contrato. Deve-se manter em mente que a função da estrutura de incentivos é alinhar os objetivos e estratégias de longo prazo das partes. Segundo Verleun (2008), uma estrutura de incentivos deverá, por definição, atender às diversas demandas dos agentes e também às diretrizes estratégicas do principal. A autora, citando Simon, destaca que a estrutura de incentivos só é considerada equilibrada quando todos se beneficiam. Caso contrário, seus objetivos não serão atingidos e uma das partes poderá ser estimulada a apresentar um comportamento oportunista em face de eventual vulnerabilidade contratual da outra.

4.4 A ECONOMIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO (ECT)

Até agora foi apresentado o estudo do contrato sob a perspectiva da relação de agência, haja vista que, conforme explicado, o objetivo deste trabalho é discutir contratos de *delegação* de transporte coletivo público. Assim, apresentou-se o problema da agência,

⁸ Poderá, inclusive, ser necessário recompensar fracassos iniciais (Roberts, 2010).

entendido como o da separação entre propriedade e gestão, a questão da assimetria informacional e do oportunismo, e os mecanismos que se pode utilizar para minimizar os seus impactos.

No entanto, novamente retomando a discussão do processo contratual, percebe-se que o debate da agência se encerra no momento em que o contrato é formalizado com as estruturas de incentivos adequadas para aquela situação específica. O que fazer, então, se no período da execução contratual as coisas não saírem exatamente como as partes planejaram e, devido à natural incompletude contratual, as disposições contratuais não contemplarem as contingências a que a relação contratual estará sujeita?

Nesse ponto, se faz necessário lançar mão de uma abordagem complementar, que leva em consideração a questão de elaboração e desenho contratual, mas com enfoque nas interações pós-contratuais entre as partes: a Economia dos Custos de Transação - ECT.

Esta formulação teórica tem como ponto de partida as idéias da NEI, como a de que a firma assume papel essencial na coordenação dos agentes econômicos, a existência e importância dos custos de transação e a adoção do pressuposto da racionalidade limitada, agregando a elas, ainda, a noção de oportunismo já anteriormente discutida.

Entretanto, a ECT evolui a idéia inicial da firma como mecanismo central na realização de transações complexas, acrescentando, ainda, a observação de que existem inúmeras formas de organizações. O questionamento realizado, então, passa de *Por que existem as firmas?* para *Por que existem tantas formas de organizações?* (Williamson, 1998).

Dessa forma, objetivo da ECT é a criação de uma abordagem que consiga abranger todas as formas de organizações econômicas, enfocando desde trocas isoladas realizadas no mercado, até aquelas concretizadas em organizações hierárquicas, passando por toda uma gama de formas intermediárias, na qual se inserem os contratos (Williamson, 1985).

Para tanto, adota como unidade básica de análise a transação, identificando como atributos que as distinguem umas das outras (i) a frequência com que são realizadas, (ii)

a incerteza a que elas se submetem e (iii) a especificidade dos ativos envolvidos⁹ (Williamson, 1998).

Diante das variadas formas em que os atributos mencionados, e outros mais, podem se combinar de acordo com as características dos agentes que transacionam e do objeto transacionado, a ECT identifica as diversas formas organizacionais como também variadas combinações de mecanismos, que têm como função a adaptação às características individuais daquelas transações. Nesses termos, o problema central da ECT é visto como um problema de adaptação. Enquanto a Teoria Econômica, em geral, enfatiza que a adaptação autônoma ocorre nos mercados como resultado da variação dos preços relativos, para a ECT, a adaptação ocorre de forma proposital, consciente e deliberada (Williamson, 2005).

A proposta da ECT é que as instituições econômicas do capitalismo têm o propósito principal de, por meio da adaptação e adequação às características das transações, economizar nos custos de transação, constituindo, assim, formas de governança. Em outras palavras, Williamson (1985) explica que os custos de transação são economizados alocando transações (que se diferenciam em seus atributos) a estruturas de governança (com diferentes capacidades adaptativas e custos associados) de forma discriminatória.

Questão a ser ressaltada nessa análise é que tal abordagem adota uma orientação contratual, defendendo que qualquer questão pode ser formulada como um problema de contratação, de forma a se beneficiar da investigação realizada em termos de economia dos custos de transação. Embora isso possa soar estranho em um primeiro momento, haja vista a colocação de que essa abordagem tem como objetivo compreender as mais diversas formas de organizações, incluindo firmas, tal estranhamento é rapidamente dissipado pela explicação de que mesmo as estruturas verticalmente integradas são

⁹ Conforme Pinto Jr. e Pires (2000), ativos específicos são aqueles especializados, desenvolvidos para utilização em determinada atividade econômica e, portanto, dificilmente conversíveis em outras. Quando a conversibilidade é possível, ela é acompanhada de perdas. Além disso, esses ativos geram um excedente na transação à qual são específicos. Segundo os autores, uma vez presentes na transação, esses ativos tornam importante a questão do tempo e da identidade dos parceiros, e os agentes envolvidos passam a ter um relacionamento semelhante a um monopólio bilateral, na qual ambas as partes possuem um determinado poder de barganha e se utilizam do mesmo para buscar maior participação na “renda” gerada pelo ativo.

entendidas como um feixe de relações contratuais, deixando claro que a firma não é um indivíduo, mas uma ficção legal que serve como foco para um processo complexo, em que objetivos conflitantes entre indivíduos são trazidos ao equilíbrio por uma estrutura de relações contratuais (Jensen e Meckling *apud* Williamson, 1988).

Sendo assim, Williamson (1985) inicia a sua análise do papel das estruturas de governança pelo estudo do que ele denomina de mundo dos contratos, esclarecendo que este é um mundo de (i) planejamento, (ii) promessa, (iii) competição e (iv) governança. Qual dessas descrições é a mais adequada, segundo o autor, dependerá dos pressupostos comportamentais relacionados à troca e dos atributos econômicos do bem ou serviço em questão.

No que tange aos pressupostos comportamentais, conforme já tratado no item 4.2 deste trabalho, a ECT se pauta fundamentalmente em dois deles: a racionalidade limitada e o auto-interesse na sua forma mais forte, qual seja, o oportunismo. Quanto aos atributos econômicos, Williamson (1985) descreve que para a ECT a dimensão mais crítica na descrição das transações é a especificidade de ativos. Partes engajadas em trocas nas quais há investimentos em ativos específicos estão efetivamente operando em uma relação bilateral uma com a outra, de maneira que a realização de adaptação e a promoção da continuidade são a fonte de real valor econômico. A isso, acresce que a incerteza ambiental se mostra relativamente desinteressante.

Seguindo mais uma vez o seu costume de montar cenários alternativos, Williamson (1985) propõe que, admitindo-se que a incerteza estará sempre presente, se tome os outros três aspectos (racionalidade limitada, oportunismo e especificidades de ativos), de forma que cada um possa assumir um de dois valores: ou está presente em grau significativo (+), ou é presumido como ausente (0). Considerando três cenários em que somente um deles está ausente, e um último em que todos três estão presentes, é possível compará-los e chegar a uma conclusão do modelo contratual associado com cada um deles. A tabela abaixo representa as quatro condições comparadas.

Tabela 4.1: Atributos do Processo de Contratação (modificado – Williamson, 1985)

Pressuposto Comportamental			
Racionalidade Limitada	Oportunismo	Especificidade dos Ativos	Processo de Contratação
0	+	+	Planejamento
+	0	+	Promessa
+	+	0	Competição
+	+	+	Governança

Quando os ativos são específicos e os agentes são propensos ao oportunismo, mas a sua capacidade cognitiva é irrestrita, é possível, previamente, ter acesso a toda a informação necessária à contratação e identificar todas as contingências possíveis. Dessa forma, embora o oportunismo requeira que incentivos complexos sejam utilizados para fins de alinhamento dos objetivos, a negociação *ex ante* é compreensiva. Além disso, eventuais disputas serão solucionadas de forma absolutamente eficaz pelas cortes. Esse, segundo o autor, é um mundo de planejamento.

No entanto, se os agentes estiverem sujeitos à racionalidade limitada e os ativos forem específicos, mas não estiver presente a condição do oportunismo, ocorre a situação já descrita anteriormente no item 4.2, em que bastaria uma cláusula geral de promessa de revelação de todas as informações relevantes e comportamento cooperativo durante toda a execução contratual para resolver quaisquer problemas advindos de situações imprevistas. Esse é o mundo da promessa.

Já se os agentes possuem racionalidade limitada e são propensos ao oportunismo, mas os ativos não são específicos, apresenta-se a situação em que trocas eficazes ocorrem utilizando a estrutura de mercado. Isso porque, nesse caso, as partes não têm qualquer interesse em identificar umas às outras. Esse é um mundo de competição.

Por fim, quando os três elementos são reunidos em um único cenário, o planejamento é falho, em virtude da racionalidade limitada, a promessa não se mantém, em razão dos comportamentos oportunistas e a identificação das partes passa a ser fundamental, haja vista a especificidade de ativos. Portanto, considerando que a eficácia dos mecanismos estatais de solução de conflitos é bastante discutível, a execução contratual passa a depender fortemente de mecanismos privados. Para Williamson (1985), este é o mundo com o qual a ECT está preocupada. É o mundo da governança.

Visto, então, as formas como os problemas podem ocorrer, os motivos a eles associados, e a imperatividade de uma estrutura de governança, a questão central passa ser como estruturá-la para economizar custos de transação. Nesse sentido, o seguinte questionamento: “Uma determinada atividade deve ser realizada. Ela pode ser organizada em diversas formas. Aparatos explícitos ou implícitos de suporte e contratação estão associados a cada uma delas. Quais são os custos?” (Williamson, 1985, p. 20)

Conforme adverte Williamson (1985), para uma melhor compreensão da questão, vale a pena distinguir os custos *ex ante* daqueles *ex post*. Os primeiros são aqueles referentes ao desenho do contrato, à sua negociação e ao estabelecimento de salvaguardas que protejam a relação contratual de incertezas. A confecção de contratos com base em incentivos, como propõe a teoria da agência, enquadra-se nesta forma de custo. Note-se que quanto mais complexo o contrato e intrincado o seu desenho, maiores os custos *ex ante*. A preocupação com essa fase do contrato, entretanto, já foi objeto de discussão mais aprofundada no tópico anterior, havendo pouco a se acrescentar aqui.

Os custos *ex post*, por sua vez, merecem maior atenção. Conforme afirmado na apresentação deste capítulo, o tratamento que ora se dá ao contrato foge ao enfoque usual do centralismo legal. Não se vislumbra o contrato como mero instrumento de reprodução de regras jurídicas que, para ser aplicadas, necessitam da intervenção de uma corte estatal. Do contrário, se reconhece que a aplicação de normas e sanções por tais cortes são, em sua maior parte, ineficazes, e que “

em muitas circunstâncias os envolvidos estão mais capacitados a identificar soluções satisfatórias para as suas disputas do que os profissionais restritos à aplicação de regras gerais baseados no conhecimento limitado da disputa” (Galanter *apud* Williamson, 2005, p. 48).

Sob essa ótica, os custos *ex post* incluem: (i) os custos de má-adaptação nos quais se incorre quando, em função de choques externos, a relação sai daquilo que se denomina de curva de contrato (ii) os custos de barganha nos casos em que esforços bilaterais são realizados para corrigir desalinhamentos *ex post* (iii) os custos de implementação e manutenção de sistemas de resolução de conflitos (que não as cortes estatais) e (iv) os

custos de vinculação a fim de efetuar compromissos seguros (Williamson, 1988). Desses, ressalta o autor, os custos de má-adaptação são o ponto chave.

Para ilustrar a situação, Williamson (1985) supõe que um determinado contrato estipule x , mas que posteriormente as partes cheguem à conclusão que deveriam ter contratado y . Para chegar de x até y , no entanto, grande esforço terá que ser despendido, e negociações intensivas poderão dar azo a comportamentos oportunistas. Diante disso, corre-se o risco de que uma adaptação incompleta seja realizada e as partes sejam levadas não a y , mas a y' .

Sendo assim, reduzir esses custos por meio de uma escolha criteriosa da estrutura de governança, ao invés de simplesmente realinhar incentivos e precificá-los é a orientação que distingue a ECT. Com efeito, a proposta é que os atores humanos, munidos de uma prudência cautelar com respeito às contingências futuras, entendam as adversidades, as contabilizem e as absorvam na projeção das estruturas de governança.

Há que mencionar, por fim, a existência de um fator complicador, qual seja, a interdependência dos custos de transação *ex ante* e *ex post*, o que implica que eles devam ser tratados simultaneamente, ao invés de sequencialmente. Ademais, esses custos são extremamente difíceis de quantificar. Tal dificuldade, no entanto, é mitigada pelo fato de que os custos de transação são sempre avaliados de forma comparativa, considerando as diferentes modalidades de contratação. Nesses termos, é a diferença entre elas, em oposição à magnitude absoluta dos custos de transação, que realmente importa.

4.5 TÓPICOS CONCLUSIVOS

Este capítulo apresentou os fundamentos teóricos para o entendimento do contrato como um instrumento de planejamento. A fim de facilitar a compreensão da discussão que será elaborada no próximo capítulo, pode-se ressaltar, como síntese das teorias acima estudadas o seguinte:

- Os contratos devem ser pensados a partir de uma teoria que englobe o processo contratual, em vez do processo contratual judicial. Assim, é necessário que sejam consideradas tanto a fase pré-contratual como a de execução do contrato, propriamente.

- A teoria da agência e a economia dos custos de transação agregam conceitos que podem ser explorados para o entendimento desses dois momentos contratuais, considerados sob o aspecto da eficiência.
- Sendo derivadas da Nova Economia Institucional, as teorias que fundamentam este trabalho pautam seus estudos em pressupostos comportamentais bem definidos, quais sejam: a racionalidade limitada e o oportunismo.
- A combinação de ambas as características é o que torna a contratação difícil, demandando maior investigação dos mecanismos que deve reger tal relação.
- A literatura classifica os comportamentos oportunistas em seleção adversa e risco moral. A primeira envolve assimetria de informações e oportunismo na fase pré-contratual, enquanto a segunda ocorre na fase pós-contratual e diz respeito à alteração de comportamentos em relação ao que fora originalmente previsto.
- A teoria da agência estuda o problema provocado pela separação entre propriedade e gestão. A assimetria de informações, somada à relação imperfeita entre o esforço despendido pelo agente e os resultados por ele obtidos, dificultam o monitoramento das ações do agente, pelo principal.
- Essa teoria se propõe a investigar como o principal pode estabelecer mecanismos de compensação que motivem os agentes a agir de acordo com os seus interesses por meio do alinhamento de objetivos. Tais mecanismos são usualmente construídos com base em incentivos.
- Não existe um único esquema de incentivos ótimos. A sua formação deve considerar as particularidades de cada relação contratual, como as características das partes contratantes, do objeto a ser executado, da frequência com que a relação é travada e do tempo de permanência do contrato, entre outras.
- A Economia dos Custos de Transação (ECT) tem enfoque nas interações pós-contratuais das partes, analisando as formas como as instituições são organizadas para reger essas interações.

- Partindo dos atributos específicos de uma transação, relacionados às características das partes que transacionam e do objeto transacionado, a ECT estuda como diferentes mecanismos podem se combinar para se adaptar a tais atributos. Cada combinação de mecanismos constitui o que essa teoria denomina de estrutura de governança.
- Essas estruturas têm o objetivo de, por meio da adaptação e adequação às características das transações, economizar em custos de transação. Para tanto, devem contemplar soluções eficazes para as questões mais intrincadas da transação, dentre elas, o oportunismo e os conflitos entre as partes.
- Incentivos devem ser considerados, mas além destes, devem também ser previstos mecanismos de resolução de conflitos alternativos aos oficiais. As partes devem ser capazes de acionar tal mecanismo com a máxima facilidade possível, para evitar que, diante de situações inesperadas, tenham que empreender um processo de barganha.

5. ANÁLISE ESTRUTURADA DE CONTRATOS DO SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO PÚBLICO À LUZ DA TEORIA DOS INCENTIVOS

5.1 APRESENTAÇÃO

Diante dos conceitos e idéias trabalhados na revisão bibliográfica, o presente capítulo tem como proposta a aplicação dos conhecimentos ora levantados aos contratos de delegação do serviço de transporte coletivo público, de forma a considerar aspectos que normalmente não são contemplados.

Como visto, a noção de contrato é reformulada, e parte-se de pressupostos comportamentais e atributos transacionais bem definidos. Na medida em que são reconhecidas questões como a racionalidade limitada, a complexidade das transações que se pretende realizar, a incompletude natural dos contratos, e a propensão ao oportunismo, cria-se condições de abordá-las e visualizar o engenho de mecanismos eficientes para a sua mitigação.

Embora se ressalte que tais teorias não foram originalmente concebidas para funcionar em uma análise como a que se pretende realizar, elas servem muito bem aos seus propósitos.

Tendo isso em consideração, inicialmente, o presente capítulo retomará a discussão do contrato inserido no contexto do planejamento e as contribuições com que os aportes teóricos podem beneficiá-la. Em seguida, se apresentará o instrumento proposto para a análise estruturada, os critérios utilizados e a sua forma de aplicação. Por fim, serão apresentados os dados do estudo de caso, aplicando a eles o instrumento desenvolvido, com esclarecimentos acerca da análise realizada.

5.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE CONTRATOS DE DELEGAÇÃO DE TRANSPORTE COLETIVO PÚBLICO

O presente trabalho, ao iniciar a discussão da questão contratual, suscitou que para o contrato haveria um papel a cumprir no processo de planejamento. Com efeito, após a apresentação das diversas visões acerca do que seria planejar e, ao final, do modelo de planejamento, gestão e controle que se fundamenta no Planejamento Estratégico Situacional, chegou-se à conclusão de que, na conciliação dos interesses dos diversos

atores, e com o objetivo de mobilizá-los positivamente em relação às metas e objetivos divisados, o contrato serviria como instrumento fundamental de condicionamento de comportamentos, haja vista a assunção voluntária de obrigações.

Retomando a idéia apresentada na introdução deste trabalho, o contrato tem como função a composição de interesses contrapostos, por meio da assunção de obrigações recíprocas entre as partes, com vistas à consecução de determinados objetivos estratégicos de cada uma delas. Desse modo, a relação contratual impõe à parte a realização de uma conduta que ela, por si só, não teria, em troca de uma contrapartida.

Por outro lado, a existência de um instrumento que consolide todas as obrigações assumidas pelas partes envolvidas torna o contrato, se bem estruturado, um potencial instrumento de manutenção da coerência das ações com os resultados esperados, permitindo a retroalimentação do sistema e, conseqüentemente, a sua gestão.

Trazendo o debate para a seara dos transportes tem-se que, dada a abrangência do objeto, que engloba virtualmente toda a coletividade, o seu planejamento apresenta grande complexidade, beneficiando-se substancialmente da abordagem proposta pelo PES. A concepção de jogo social no qual ocorrem interações dos diversos atores envolvidos, que agem de acordo com os seus interesses, influenciando o desfecho de inúmeras situações é fundamental para que haja alguma chance de sucesso na implementação das propostas efetuadas.

Nesse sentido, o envolvimento dos atores, de forma participativa, no planejamento é essencial, inclusive para fins de criar, como já afirmado, uma cultura de compromisso com aquilo que está sendo pensado. Nesse ponto os contratos podem ser de grande valia.

Claramente, reconhece-se que não haverá a possibilidade de celebrar contratos com a totalidade dos atores envolvidos com o objeto transporte, inclusive em função da sua já mencionada abrangência. Entretanto, considerando que na maior parte das vezes há a necessidade de delegação do serviço, ou a opção política nesse sentido, tal mecanismo poderá ser utilizado ao menos em relação aos executores do serviço, cujas ações exercem influência direta sobre a concretização do planejamento.

Com efeito, deve-se ter em mente que cada um dos atores, conforme destacado por Matus, apresenta um determinado poder no jogo social, influenciando uma operação ou plano conforme a intensidade dos seus interesses e o grau de seu poder de decisão (Matus *apud* Galindo, 2009). Portanto, quanto maior a capacidade de decisão de um agente, mais se deve buscar o alinhamento dos seus interesses com os planos propostos, convertendo eventuais comportamentos nefastos em ações que, com o mesmo grau de influência, trabalhem em prol da sua efetivação.

O ora proposto, entretanto, não é de fácil realização. À dificuldade inicial de compreensão do objeto, que advém da própria inserção do agente naquele, soma-se a infinidade de situações que podem ocorrer por influências externas ou ações dos demais jogadores, as quais muitas vezes não podem sequer ser imaginadas. Daí sobrevém a necessidade de utilização de um mecanismo que considere esses aspectos e a eles ofereça uma resposta.

A Economia, por meio das teorias trabalhadas, é capaz de trazer o suporte teórico necessário à elaboração, ao menos em um esboço inicial, de tal mecanismo. Se o que se busca é a incorporação da noção de incerteza e impossibilidade de se determinar, de forma definitiva, as ações dos demais atores, o pressuposto da racionalidade limitada que informa as citadas teorias é capaz de fazê-lo, trazendo as considerações pertinentes à questão. A ciência das limitações com que se deparam os indivíduos, sejam eles planejadores, contratantes ou ainda diversos outros atores, é um ponto fundamental a ser contemplado, e que leva à necessidade de precaução em relação àquilo que é, reconhecidamente, desconhecido.

Da mesma forma, o aspecto do auto-interesse, considerado de forma implícita ou explícita pelas teorias abordadas, serve amplamente ao PES na medida em que, segundo este método, o planejamento é realizado em meio a um jogo social no qual as regras são desiguais entre as partes, suas ações são quase sempre ignoradas e o ambiente em que se desenvolvem as estratégias é apenas semi-controlado, ou seja, somente algumas das variáveis de influência são conhecidas e passíveis de domínio.

Partindo-se do pressuposto, como fazem as teorias econômicas estudadas, de que há um componente de auto-interesse nas ações dos agentes, se tem condições de, senão conhecer totalmente, identificar melhor as regras que informam a atuação de cada

participante e as variáveis que exercem influência sobre as suas ações, de forma que, em contrapartida, a estratégia a ser adotada pelo planejador adquira maior eficácia.

A identificação desses elementos, antes desconsiderados, nos afasta da visão tradicional de planejamento, determinística e normativa, levando à possibilidade de elaboração de cenários alternativos a serem empregados nas diversas situações, ainda que imprevistas, por meio de variadas combinações dos mecanismos de iniciativa-resposta que incidem sobre os atores.

Nesse ponto reside a importância dos incentivos. Conforme tratado no capítulo anterior, a proposta desse mecanismo é justamente a de estabelecer um sistema de compensação que motive determinados indivíduos a agir conforme interesses de outrem, a partir do alinhamento de seus objetivos. Dessa forma, são eles que exercem o papel de induzir comportamentos ou respostas dos atores por meio de um determinado resultado e se tornam, por fim, uma forma de controle de variáveis antes não controladas.

É certo, entretanto, que no ambiente de planejamento restarão muitas outras variáveis com capacidade de alterar os resultados esperados, e cuja imprevisão e incerteza demandarão a condução dos agentes por novos caminhos. O enfoque de agência, então, contribui com a proposta de que os mecanismos utilizados devem buscar a aproximação dos interesses das partes sempre que eles se distanciam, a partir do realinhamento de incentivos.

A intenção da presente análise, no entanto, não se esgota por aí. Embora os incentivos sejam mecanismo essencial para a realização de um planejamento eficaz no setor de transportes, o que se busca vai além, constituindo mais uma forma de governar o sistema do que simples alinhamento contratual de objetivos. Conforme alerta Williamson (1985), as peculiaridades na execução do contrato advindas das características das partes contratantes e dos atributos do objeto contratado requerem, mais do que mera alteração de dispositivos contratuais, a identificação da estrutura de governança adequada, que englobe também aspectos de controle da execução e solução de eventuais disputas.

Nesse sentido, a contribuição da Economia dos Custos de Transação com seu enfoque de adaptação das organizações, enquanto formas de governança; às características

transacionais, reduzindo os seus custos e tornando-as tão eficientes quanto podem ser, é muito bem-vinda.

Deve-se ressaltar, nesse ponto, que, não obstante a colocação acima, o realinhamento de objetivos é também uma preocupação central da ECT, entretanto, em um plano mais sofisticado. Conforme afirmado no tópico pertinente, em vez de simples modificação contratual, que especifique novos incentivos e os precifique; diante do menor distanciamento entre os objetivos das partes, procura-se retornar à curva de contrato da forma mais rápida e eficaz possível. Por isso a preocupação com os mecanismos de resolução de conflitos, responsáveis por efetuar essa transição.

A idéia, portanto, é que o contrato, ao ser desenhado, represente fielmente as estratégias adotadas pelo poder público, as quais devem obrigatoriamente contemplar a necessidade de mobilização dos demais atores envolvidos, de forma a garantir condições para a sua implementação de maneira mais facilitada. Dessa forma, é ele que, por meio da especificação dos incentivos e previsão dos demais elementos associados à estrutura de governança escolhida, servirá de interface entre o planejamento e a execução.

Destarte, não apenas o contrato tem a função de conformar as ações para o que delas se espera, permitindo a passagem do objeto do estado “diagnosticado” para o estado desejado da forma mais suave possível, mas, por conter todos os elementos relevantes para a concretização do planejamento realizado, funciona ainda como instrumento de controle e avaliação do sistema.

A especificação de objetivos e estruturação dos pontos chave para as estratégias divisadas, na forma de incentivos, permite identificar os pontos mais sensíveis no objeto planejado e que deverão, portanto, sofrer fiscalização. Por outro lado, se bem elaborado, o contrato deverá traduzir exatamente o estado desejado para o objeto, tornando-se o paradigma a ser utilizado na construção de indicadores e demais instrumentos de controle.

5.3 METODOLOGIA DA ANÁLISE

Tendo em vista as considerações tecidas acima, fica evidenciada a necessidade de incorporação dos elementos das teorias econômicas discutidas à análise do contrato. Nesse ponto, identificou-se a necessidade de examiná-lo de maneira que os aspectos

anteriormente abordados pudessem ser ressaltados, permitindo a sua avaliação. Levando, então, em consideração as características do planejamento em transportes e a proposta do presente trabalho, identificou-se que a análise sugerida deve ser estruturada de forma a evidenciar (i) os objetivos divisados pelas partes, tornando possível a verificação do seu alinhamento e (ii) a estrutura de governança escolhida, isto é, os incentivos propostos e os mecanismos de suporte e adaptação da execução contratual que deverão levar à consecução daqueles objetivos.

Como se vê pelo primeiro dos dois itens a ser ressaltado, a análise proposta parte de momento posterior à definição dos objetivos, isto é, neste momento já se tem formada a visão do objeto planejado (estado de coisas desejado). Não se pretende, portanto, discutir acerca dos caminhos pelos quais deve se desenvolver o sistema de transportes; estes já foram objeto de questionamento e negociação prévia e devem – ressalte-se – ser claros e bem especificados a fim de permitir a sua utilização como parâmetros de comparação.

Tendo isso em mente, tem-se que a análise ora proposta serve a qualquer situação de planejamento em que se busque utilizar o contrato como instrumento de consecução de objetivos, sendo estes definidos casuisticamente, a depender do objeto planejado e do ambiente em que este se insere.

5.3.1 Definição dos objetivos

Considerando, então, o que se expôs, a primeira etapa metodológica se resume na definição de objetivos. Com efeito, na elaboração de um contrato para atender a um determinado planejamento, eventual análise do instrumento contratual será precedida de discussões acerca dos objetivos buscados pelos atores envolvidos. Para fins de elaboração da presente estrutura de análise, entretanto, foi necessário trabalhar com objetivos já definidos e, tendo em vista o objeto a ser analisado, qual seja, o transporte rodoviário de passageiros, optou-se por utilizar como referência os elementos finalísticos definidos na estrutura semântica do planejamento de transporte, elaborada por Ceftru (2007) em parceria com o Ministério dos Transportes, e representada na figura abaixo, que será explicada a seguir.

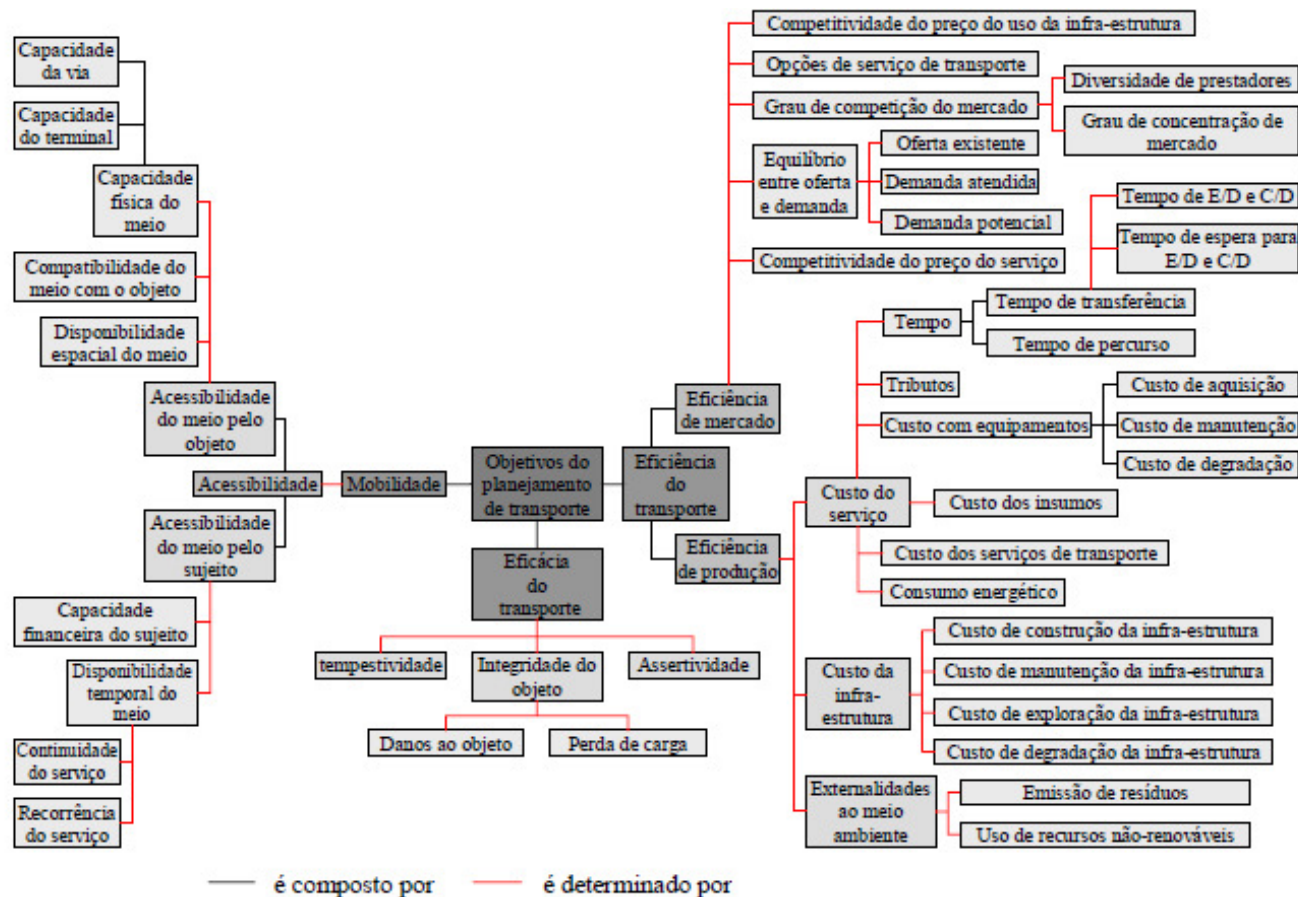


Figura 5.1 – Esquema semântico do planejamento de transporte (Galindo, 2009)¹⁰

¹⁰ Figura modificada pelo autor a partir daquela elaborada por Ceftru em *Relatório da base de fundamentos e critérios para avaliação, aperfeiçoamento e desenvolvimento de indicadores* (2007).

Os elementos finalísticos traduzem os resultados essenciais que se deseja para o sistema de transportes, representando, assim, os seus objetivos intrínsecos. Como se vê, estes foram definidos como sendo relacionados à mobilidade, eficiência e eficácia do transporte.

A mobilidade, considerada como a propriedade do objeto que pode ser transportado, é determinada pela acessibilidade ao meio, tanto pelo sujeito quanto pelo objeto. A acessibilidade do meio pelo sujeito compreende a capacidade financeira do sujeito, vale dizer, a suficiência de recursos financeiros do sujeito para acionar o meio de transporte; e a disponibilidade temporal do meio, que é a existência do serviço de transporte no momento em que o sujeito dele necessita. Esta última, por sua vez, é determinada pela continuidade e pela recorrência do serviço.

Já a eficácia é a propriedade do transporte quando este atende aos requisitos de integridade do objeto, tempestividade e assertividade. Tempestividade é a finalização do serviço no momento pactuado. A assertividade é a propriedade do transporte que indica a chegada do objeto ao destino desejado, e a integridade do objeto é a não ocorrência de danos ou perdas no objeto transportado.

Por fim, a eficiência do serviço de transporte é considerada como a propriedade do transporte quando é eficaz e produzido com o mínimo de insumos e externalidades negativas, tendo como condições a eficiência de mercado e a eficiência de produção. A eficiência de mercado é entendida como uma propriedade do mercado de transportes quando este oferece competitividade de preços, opções de serviços de transporte, equilíbrio entre a oferta e a demanda e grau de competição na estrutura de mercado, sendo este último definido pela diversidade de prestadores de um serviço e pelo nível de concentração do mercado.

Por sua vez, a eficiência na produção é a propriedade do sistema de transporte quando este apresenta, para os mesmos resultados, custos mínimos de produção do transporte. Essa eficiência depende de características como o custo do serviço, que inclui o consumo energético, custos de insumos, de serviços de suporte e equipamentos, do tempo, e de tributos; custo da infra-estrutura, que engloba os custos de construção, manutenção, exploração e os decorrentes de degradação da infra-estrutura, e

externalidades ao meio-ambiente, representadas pela emissão de resíduos e o uso de recursos não renováveis.

Aos objetivos acima definidos, foi ainda agregada a redução do custo regulatório. Com efeito, o arcabouço teórico do presente trabalho, notadamente a ECT, propõe que as estruturas de governança sejam capazes de adaptar-se às características individuais das transações a fim de economizar em custos de transação, aproximando-se o máximo possível das trocas realizadas na ausência dessas “fricções”. Essa é a sua função precípua.

Para fins de análise do custo regulatório, portanto, foram definidos como elementos (i) os custos de monitoramento do sistema, (ii) os custos decorrentes de solução de conflitos porventura surgidos durante a negociação ou execução contratual (iii) os custos decorrentes da seleção adversa na operação do sistema e (iv) os custos decorrentes do risco moral, onde se identifica de forma mais presente o oportunismo contratual.

Ressalta-se que nesta etapa de definição de objetivos foi necessário realizar um corte metodológico no sentido de considerar apenas os objetivos estratégicos das partes, desconsiderando-se eventuais objetivos específicos dos envolvidos. Isso porque esses últimos seriam de difícil observação e enumeração, inviabilizando a realização de uma análise objetiva.

Nesse sentido, na consideração dos objetivos da operadora de transporte coletivo público, adotou-se o lucro. Embora se saiba que existam outros objetivos além da maximização do lucro, inclusive estudados por algumas vertentes da teoria econômica, como, por exemplo, a teoria evolucionária; a quantificação de objetivos como reputação ou a busca pelo poder político seriam de difícil interpretação e análise. Ademais, entende-se que estes fogem ao escopo de objetivo finalístico em uma empresa, razão pela qual serão, para a presente análise, desconsiderados.

Da mesma forma, embora se tenha, na Lei n.º 8.987, a definição do que seja serviço adequado, para fins de delegação do serviço público, alguns dos elementos lá dispostos não representam propriamente objetivos finalísticos do planejamento em transporte, mas elementos a serem considerados em relação à atuação do delegatário durante a

execução do serviço. Assim, considera-se que tais elementos devam constituir o conteúdo de cláusulas, não se prestando, entretanto, à utilização como objetivo do Poder Público na análise pretendida. Acredita-se, todavia, que quando do confronto entre as cláusulas contratuais e os objetivos de planejamento, estes elementos acabem por revelar a sua importância, por meio dos impactos exercidos sobre aqueles objetivos.

Por fim, antes de se adentrar na análise propriamente dita, questão que merece ser destacada é que, em se tratando de qualquer objeto de planejamento e, no caso, principalmente para o setor de transportes públicos, a influência das instituições enquanto “regras do jogo” não pode ser desconsiderada.

Com efeito, conforme debate anterior, o transporte coletivo público foi definido constitucionalmente como um serviço público e que, portanto, deve ser mantido sob ingerência estatal: ou na modalidade de prestação direta, ou estabelecendo-se um regime específico para a sua prestação. Sendo assim, existe um forte componente publicista no objeto tratado que não pode ser ignorado e que, no setor de transporte interestadual de passageiros, se materializa sob a forma de regulação setorial.

A definição de uma estrutura de governança que atenda aos objetivos traçados na fase de planejamento, portanto, deve necessariamente contemplar as restrições impostas por essa instituição, trabalhando a partir daquilo que fora previamente definido. Feitas essas considerações, alerta-se que para fins da análise proposta, não haverá maiores discussões acerca do arcabouço legal e regulatório. Parte-se da dotação institucional existente, o que não impede que, ao final, algumas críticas sejam tecidas nesse sentido.

5.3.2 Seleção dos objetivos mais relevantes à análise

A etapa seguinte envolve uma seleção mais criteriosa dos objetivos finalísticos apresentados na estrutura da figura 5.1, haja vista que nem todos eles são aplicáveis à situação que se pretende analisar.

Tendo em vista que a discussão gira em torno da análise estruturada de contratos de delegação, foi necessário, inicialmente, estabelecer quais deles poderiam efetivamente ser objeto de contratação entre o delegatário e a empresa. Por esse motivo, a capacidade física do meio, que envolve a capacidade do terminal e a capacidade da via; a

competitividade do preço da infra-estrutura; as opções de serviços de transporte e o custo da infra-estrutura não foram utilizados.

Estabeleceu-se, ademais, que, para identificar com maior precisão os impactos sobre os referidos objetivos sem, entretanto, inchar a matriz de forma a impossibilitar a análise, a estrutura semântica da figura 5.1 seria utilizada até o terceiro nível de desdobramento, com exceção do elemento eficácia, para o qual se utilizou apenas o segundo nível de desdobramento.

Adverte-se, ainda, que dentro do elemento finalístico eficiência, foram utilizadas apenas as externalidades ao meio ambiente para aferir a eficiência de produção, haja vista que o outro componente, custo do serviço, já está tratado nos objetivos da empresa como elemento relacionado ao lucro.

5.3.3 Construção do instrumento de análise

Definidos os objetivos das partes a serem considerados na análise, e tendo em vista que a proposta é a realização de uma análise *estruturada* do contrato, optou-se pela disposição dos elementos a serem avaliados em uma matriz, o que, acredita-se, facilita a sua visualização.

O objetivo da matriz, então, é identificar o impacto das escolhas associadas a uma determinada estrutura de governança na eficiência contratual. Conforme ensina Williamson (1985), inúmeras são as formas de organização de uma atividade, sendo determinados custos associados a cada uma delas. Portanto, cada requisito estabelecido para o serviço, cada cláusula que se opta por inserir no contrato gera um determinado impacto em sua execução, na forma de custos de transação, o que nem sempre é percebido e contabilizado.

Muitas exigências feitas com o intuito de melhorar o serviço, por gerarem um custo demasiadamente alto para a contraparte sem a devida oportunidade de retorno, fazem com que ela, para recompor suas expectativas, acabe buscando “oportunidades”, entenda-se, brechas contratuais, para reaver o lucro perdido, gerando, assim, comportamentos oportunistas que, no geral, diminuem a eficiência do serviço prestado.

Assim, busca-se utilizar os incentivos para contrabalancear esses impactos negativos, equilibrando a relação contratual de tal forma que os objetivos das partes se alinhem, reduzindo a probabilidade de ocorrência de comportamentos oportunistas. O problema a ser enfrentado, portanto, diz respeito à alocação desses incentivos dentro da estrutura de governança. Para tanto, busca-se o mapeamento das interações existentes entre os elementos que compõem a estrutura de governança e os objetivos das partes, de forma a conseguir perceber qual é a estrutura alocativa mais eficiente, tanto para os incentivos quanto para os demais mecanismos de suporte contratual.

Considerando, assim, a intenção de visualizar o impacto das diversas cláusulas contratuais nos objetivos dos contratantes, buscou-se uma ferramenta que tivesse tal aplicação, pelo que se chegou à matriz de probabilidade e impacto da análise qualitativa de riscos.

Esta ferramenta é expressamente definida pelo Project Management Body of Knowledge – PMBOK, em seu guia de boas práticas, como uma daquelas a serem utilizadas no gerenciamento de riscos de projeto. Segundo o PMBOK (2004), o processo de gerenciamento de riscos engloba seis etapas - (i) planejamento do gerenciamento do risco, (ii) identificação de riscos, (iii) análise qualitativa de riscos, (iv) análise quantitativa de riscos, (v) planejamento de respostas a riscos e (vi) monitoramento e controle dos riscos - cujo objetivo principal é aumentar a probabilidade e o impacto de eventos positivos e diminuir a probabilidade e o impacto de eventos negativos ao projeto. A matriz ora tratada insere-se na etapa de análise qualitativa de riscos.

Tal ferramenta tem por objetivo determinar a significância de riscos previamente determinados, por meio da avaliação e combinação do seu impacto – vale dizer, o quão sensível o objeto avaliado se apresenta frente àquele risco particular – e de sua probabilidade de ocorrência. Nessa análise, tais elementos são definidos subjetivamente a partir do conhecimento que o indivíduo detém acerca do objeto avaliado e do ambiente em que ele se insere. O resultado é uma matriz de significância que auxilia na identificação dos riscos de maior relevância, positiva ou negativamente, para o objeto avaliado (Aragão *et al.*, 2005).

A matriz acima destacada se mostra interessante por conseguir registrar e sistematizar os diversos graus de impacto exercidos pelos eventos considerados de risco, agrupando-os. Isso permite visualizar conjuntos de eventos que podem ser categorizados, estabelecendo-se um determinado tratamento a ser dispensado àquele grupo. Contudo, difere da análise ora proposta ao considerar a probabilidade de ocorrência para a definição da significância dos eventos observados. É que, conforme já ressaltado, a intenção da matriz a ser utilizada no presente estudo é trabalhar com elementos da estrutura de governança, em nada se aplicando a observação quanto à probabilidade de ocorrência. Fica, portanto, inviabilizada a utilização dessa ferramenta, o que não impede que algumas de suas características e procedimentos sejam extraídos para compor a análise pretendida.

Dessa forma, foi necessário buscar ainda outras ferramentas que, se não aplicáveis diretamente ao estudo pretendido, ao menos servissem de inspiração para a concepção de uma matriz com as características consideradas desejáveis.

A Goals Achievement Matrix (GAM), desenvolvida por Morris Hill como uma forma de aprimoramento da análise baseada em custo-benefício, utiliza a estrutura de uma matriz para mensurar a capacidade de várias alternativas de atingir determinado objetivo, proporcionando uma forma de avaliar, dentre as várias alternativas possíveis, qual será mais bem sucedida para os objetivos propostos (MacDonald, 1989).

Para MacDonald (1989), essa matriz foi considerada uma grande inovação por ser a primeira a tentar avaliar problemas com múltiplos objetivos, além de possibilitar a incorporação de valores não monetários na avaliação. Assim, a GAM evolui a análise baseada em custo-benefício permitindo também a incorporação de intangíveis, a mensuração dos efeitos das alternativas sobre o bem-estar social, a inclusão de efeitos de equidade, e a consideração de alternativas para além da simples avaliação monetária.

Para tanto, a GAM trabalha com os diversos objetivos dispostos nas colunas da matriz, ressaltando que estes devem estar desenhados de forma a permitir o registro da progressão ou regressão na sua realização. A cada objetivo é, então, atribuída uma unidade de medida, que será inserida nas células da matriz ao lado das diversas alternativas (MacDonald, 1989). Cada alternativa recebe uma pontuação de acordo com a sua capacidade de alcance dos objetivos, verificada pela unidade de medida, e em

comparação com a situação já existente. Assim, se a alternativa X representa uma melhoria em comparação com a situação preexistente, recebe pontuação +1; se não gera qualquer mudança significativa, recebe pontuação 0; já se gera a deterioração da situação, recebe pontuação -1 (Sager, 2003).

A cada objetivo pode ainda ser atribuído um peso, conforme a importância a ele conferida. Desse modo, a pontuação geral da alternativa é verificada pela soma das suas pontuações individuais em cada objetivo, multiplicada pelo peso a ele atribuído (Mac Donald, 1989). Ao final, obtém-se um *ranking* de alternativas.

Para os objetivos do presente trabalho, entretanto, a GAM, como concebida originalmente, não tem aplicação, pois não se pretende trabalhar com alternativas. Conforme frisado anteriormente, a análise pretendida tem como ponto de partida momento posterior à escolha de alternativas, propondo-se à alocação eficiente dos elementos já definidos para a estrutura de governança. Sendo assim, necessita-se de uma estrutura que proporcione não o ranqueamento de alternativas, mas um mapa de relacionamento e impacto dos diversos elementos nos objetivos das partes. Não obstante, a GAM, assim como a análise qualitativa de riscos, forneceu subsídios essenciais para a visualização da sistematização pretendida, que incorpora alguns de seus elementos.

A estruturação das cláusulas contratuais a fim de destacar os objetivos das partes e os elementos da estrutura de governança foi pensada, então, a partir de uma matriz que evidenciasse os impactos de cada cláusula, positivos ou negativos, sobre os objetivos finalísticos acima discutidos. Identificou-se, ainda, a necessidade de estabelecer o grau do impacto causado, a fim de confrontar, posteriormente, as diversas cláusulas e avaliar a eficiência da estrutura contratual.

Assim, na horizontal foram expostas as cláusulas com as quais se optou por trabalhar, agrupadas em temas para facilitar a sua visualização na etapa de mapeamento das relações. Em uma análise geral do contrato, foram identificados os seguintes temas: (i) preço, (ii) oferta do serviço, (iii) nível do serviço, (iv) qualificação da empresa, (v) controle e (vi) características da delegação.

Nas colunas, foram dispostos os objetivos das partes, sendo os do Poder Público representados pelos elementos finalísticos do transporte: mobilidade, eficiência e eficácia, além da redução do custo regulatório; e o das empresas representado pelo lucro.

Dessa forma, cada cláusula será avaliada, conforme já ressaltado, de acordo com o impacto que representa sobre os objetivos das partes. Esse impacto será classificado de acordo com sua intensidade, que varia de 1 a 3 e de -1 a -3. Um impacto classificado como de intensidade 1 (-1) será considerado fraco, ao passo que aqueles classificados como 2(-2) e 3(-3) serão considerados de média e forte intensidade, respectivamente.

Abaixo tem-se representada a matriz elaborada para a análise estruturada pretendida:

5.3.4 Identificação dos impactos

Elaborada a matriz e definidas as cláusulas com as quais se vai trabalhar, a próxima tarefa diz respeito à identificação dos impactos. Aragão et al. (2005), discorrendo acerca das técnicas definidas pelo PMBOK para reunir informações na análise qualitativa de riscos, identifica as seguintes (i) *brainstorm*, técnica na qual pessoas geram idéias sobre riscos e suas fontes em escopo amplo, colocando-as para exame de uma grupo; (ii) técnica Delphi, na qual um questionário é apresentado a um grupo de consultores de riscos, que atuam anonimamente, após o que as respostas individuais são circuladas entre eles para comentários adicionais, alcançando-se um consenso nos riscos principais; (iii) entrevista com especialistas no assunto e (iv) análise de forças, em que os riscos são avaliados sob a perspectiva dos elementos SWOT (*Strenghts, Weaknesses, Oportunities, Threats*).

Para o presente estudo, considerou-se que o *brainstorm* permitiria maior possibilidade de discussão, haja vista a amplitude do debate e a grande quantidade de questões a serem consideradas na avaliação intentada. Assim, pretende-se contar com a experiência e a visão de especialistas no assunto para, em discussão do tema, se chegar a resultados mais interessantes.

A metodologia acima descrita pode ser visualizada na figura apresentada a seguir:

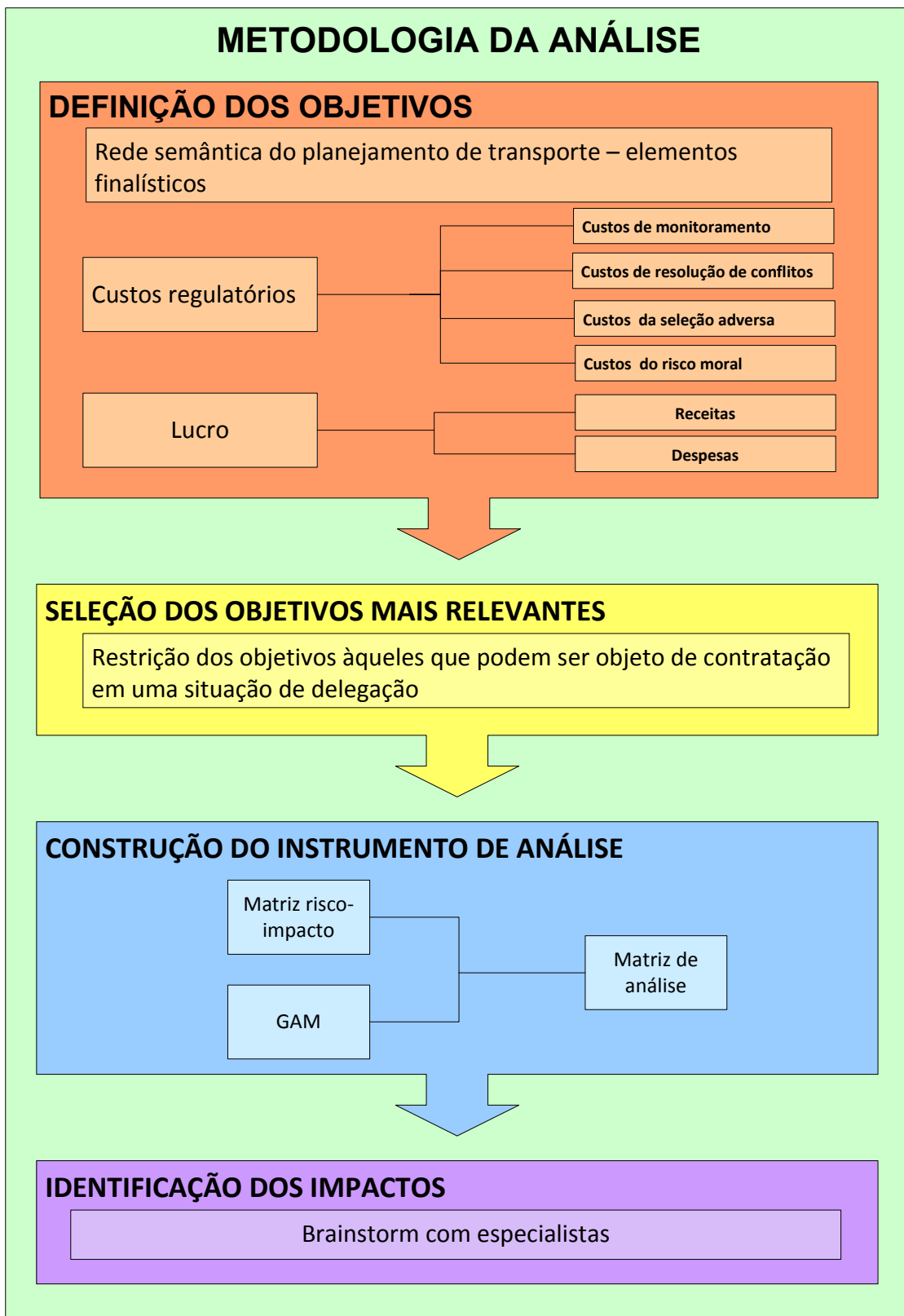


Figura 5.2 – Metodologia da análise

6. ESTUDO DE CASO

6.1 APRESENTAÇÃO

Estabelecida a forma de análise contratual a ser realizada, este capítulo tem por objetivo apresentar o estudo de caso e os resultados obtidos.

Importante ressaltar que, em se tratando de uma análise sistematizada, as etapas desenvolvidas até o presente momento apenas possibilitaram a visualização do contrato em termos de impactos sobre os objetivos finalísticos. Sendo assim, é na etapa de resultados que serão inseridas as teorias ora estudadas, interpretando-se o contrato como instrumento de um dado planejamento e, assim, sob a perspectiva da eficiência, com base na ECT.

6.2 O CONTRATO ANALISADO

O edital e contrato do TRIP utilizados neste estudo foram elaborados em um exercício acadêmico realizado no âmbito do Programa de Pós Graduação em Transportes (PPGT), com vistas à identificação da estrutura contratual mais adequada ao serviço de transporte rodoviário interestadual de passageiros (TRIP).

Conforme documento-base divulgado pela ANTT por ocasião da Consulta Pública n.º 001/2008, o prazo contratual para as permissões então vigentes encerrar-se-ia em 07 de outubro de 2008, razão pela qual aquela Agência, diante das atribuições que lhe são cometidas pela Lei n.º 10.233, elaborou o Projeto da Rede Nacional de Transporte Interestadual de de Passageiros (ProPass BRASIL), que consubstanciará o novo Plano Geral de Outorgas para os serviços que integram o sistema de transporte rodoviário interestadual de passageiros (STRIP), englobando, ainda, o Edital de Licitação e Contrato de Permissão do serviço a serem utilizados futuramente.

Diante dessa realidade, e sabendo-se que pela primeira vez desde sua criação, aquela Agência teria condições de impor a sua visão acerca do sistema, trazendo uma série de novas especificações e ferramentas de gestão, foi realizado um exercício acadêmico que, a partir do Edital e Contrato objeto da Audiência Pública n.º 087/2008, bem como das características divulgadas por aquela Agência nos modelos funcional, de

remuneração e de gestão e controle integrantes do ProPass BRASIL, gerou a elaboração de uma minuta de edital e contrato.

Ressalta-se, entretanto, que os documentos resultantes desse exercício, conquanto contemplem elementos definidos pela Agência, não representam o edital e contrato efetivamente utilizados para fins da licitação dos serviços do TRIP.

O presente trabalho, com a intenção de exemplificar uma das aplicações das teorias ora discutidas ao planejamento em transportes, utilizou-se dos documentos em referência para, por meio da sua análise estruturada, chegar à determinação do impacto das cláusulas sobre os objetivos finalísticos dos contratantes, e identificar a eficiência da estrutura de governança nele divisada. Como afirmado na revisão teórica, grande parte da eficiência de uma estrutura de governança advém da sua capacidade em reprimir e resolver situações decorrentes de comportamentos oportunistas. Por essa razão, é esse o enfoque da análise contratual ora intentada.

Tendo em vista, portanto, a disposição das cláusulas contratuais em uma matriz de sistematização da análise, foi preciso, inicialmente, escolher com quais cláusulas contratuais trabalhar.

O edital e contrato do TRIP foram elaborados, conforme ressaltado, para incorporar elementos considerados desejáveis pela Agência, mas também com a perspectiva de acompanhar a evolução do sistema ao longo do tempo. Sendo esta a primeira licitação realizada para aquele serviço, não se tinha informações acerca de como se daria a sua adaptação às novas especificações e estruturas de gestão e controle. Dessa forma, tanto o edital quanto o contrato buscaram estabelecer disposições enxutas e genéricas que comportassem a mudança do sistema sem, no entanto, tornarem-se obsoletas.

Tal preocupação se concentrou principalmente no instrumento de contrato, cujo caráter bilateral impunha negociação e assinatura de termo aditivo para qualquer alteração substancial. Elementos mais complexos e que poderiam demandar alteração para amoldar-se às novas características do serviço foram, portanto, especificados em anexos contratuais, com ressalva da possibilidade de alteração por resolução. Considerou-se, ainda a necessidade de alteração da legislação infralegal aplicável ao TRIP, de forma

que optou-se também pela inserção de algumas especificações importantes em resoluções que seriam editadas pela agência.

Diante disso, para obter uma gama de cláusulas representativas da estrutura de governança concebida para o TRIP, o presente estudo teve de considerar elementos advindos de todas essas fontes. Sendo assim, fez-se uma leitura completa do edital, contrato, anexos e propostas de resoluções a fim de identificar quais cláusulas se apresentam relevantes para o estudo desenvolvido.

Tal análise foi realizada utilizando como critérios de seleção os seguintes: (i) cláusulas que estabelecessem critérios de formação dos preços a serem cobrados pelos diferentes serviços; (ii) critérios de qualificação das empresas para admissão no processo licitatório e posterior contratação; (iii) especificações de alterações a serem realizadas nos veículos ou na infra-estrutura da operadora; (iv) especificações relativas à operação; (v) mecanismos de controle e avaliação do sistema; (vi) mecanismos de resolução de conflitos e (vii) cláusulas obrigatórias representativas do regime jurídico-administrativo diferenciado aplicável ao contrato em questão.

Tentou-se, nesse momento da análise, identificar preliminarmente quais, dentre as cláusulas estabelecidas no contrato, poderiam ter impacto nos objetivos das partes, influenciando o seu comportamento na execução do contrato.

Foram, então, selecionados 59 itens de análise, compostos por cláusulas do contrato, edital, anexos e propostas de resolução. Na construção desses itens, considerou-se que algumas das cláusulas selecionadas deveriam ser analisadas em conjunto, razão pela qual alguns itens foram compostos de agrupamentos de cláusulas. Da mesma forma, algumas especificações que apareciam em subcláusulas, por sua importância, foram consideradas como elementos a serem analisados de maneira independente, constituindo, assim, um item em separado.

Em seguida, os itens selecionados foram agrupados de acordo com os temas mencionados na parte de especificação da matriz (preço, oferta do serviço, nível do serviço, qualificação da empresa, controle e características da delegação). Tendo em vista a maneira de construção desses itens, desconsiderou-se a numeração original das cláusulas, atribuindo-se nova numeração conforme a ordem em que aparecem, para

facilitar a delimitação dos blocos temáticos. O resultado pode ser visto no Anexo II deste trabalho.

Para inserção dos itens de análise na matriz de sistematização, utilizou-se, nas linhas, apenas o número correspondente a cada item, o que implica que a matriz de análise deverá ser utilizada em conjunto com o anexo acima referido.

Finalizado assim, o preenchimento da matriz de sistematização, a etapa seguinte tratou da identificação dos impactos, realizada da maneira discutida no capítulo anterior. Abaixo, tem-se a matriz resultante da análise em questão.

6.3 OS RESULTADOS DA ANÁLISE

6.3.1 Características gerais da estrutura de governança escolhida

A visualização das cláusulas contratuais na matriz de sistematização ora proposta deixa claro, logo de início, que foi atribuído um peso consideravelmente maior, na estrutura de governança escolhida, à questão da seleção adversa do que propriamente aos objetivos finalísticos do planejamento de transportes ou aos demais elementos componentes da estrutura regulatória. Com efeito, os custos decorrentes de seleção adversa, inseridos dentro do custo regulatório, são o elemento que concentra a maior quantidade de impactos positivos identificados (25) e a menor de impactos negativos (2).

Esse resultado é compreensível e talvez até previsível se for considerada situação em que se encontrava a Agência Nacional de Transportes Terrestres no momento da elaboração do contrato em questão. Conforme anteriormente exposto, esta é a primeira vez que o Estado, enquanto titular do serviço de transporte rodoviário interestadual de passageiros, o concede, de forma que não há ainda elementos suficientes para aferir quais as características desejáveis em uma empresa concessionária desse serviço. Sabe-se apenas as características das empresas atuantes no momento e algumas dificuldades regulatórias delas advindas, mas não se tem ao certo uma idéia de qual a estrutura mínima que uma empresa deverá possuir para conseguir prestar os serviços nas condições que serão especificadas (inclusive, porque esta será a primeira vez que o serviço será prestado em tais condições).

Ademais, o critério de seleção para a concessão do serviço foi definido como o menor valor do coeficiente tarifário, o que aumenta sobremaneira o risco de lances inexequíveis ou empresas aventureiras, sem qualquer experiência, formularem lances vencedores, vindo a ocasionar a má prestação do serviço ou mesmo a sua paralisação.

Tendo em vista, portanto, a predominância de cláusulas para reduzir o risco de seleção adversa, verifica-se que os objetivos finalísticos definidos pela estrutura semântica do planejamento em transportes são estimulados apenas de forma secundária, não constituindo, em absoluto, o foco da relação contratual. Pelo que se observa, a quantidade de cláusulas que impactam os referidos objetivos não chega a 50% das que

fizeram parte da análise, e grande parte dos impactos positivos observados é considerado como baixo.

Em relação a esses objetivos, como item de alto impacto positivo destaca-se, principalmente, aquele que engloba as cláusulas relativas ao sistema de avaliação de desempenho, com seus indicadores e planos de consequências. A minuciosa especificação desse sistema de avaliação e a definição de indicadores para quase todos os objetivos finalísticos do planejamento em transportes denotam que essa foi a estrutura designada para garantir que tais objetivos sejam atingidos. Em tese, eles seriam capazes de, com base nos dados mais sensíveis para a avaliação do sistema, captar a forma com que os operadores o estariam conduzindo e, por meio de incentivos ou penalizações, ajustar essas condutas a um nível ótimo para cada um dos elementos finalísticos.

Tal ferramenta é essencial a qualquer planejamento estratégico, inserindo-se no nível operacional, haja vista que aí são obtidos os dados para qualquer avaliação que se faça acerca do planejamento. Os seus resultados, entretanto, dão o *feedback* necessário não apenas a este nível, mas também aos níveis estratégico e operacional (Magalhães e Yamashita, 2009), possibilitando a posterior gestão do sistema. Constitui, assim, excelente mecanismo de ajuste do planejamento, fundamental para que este consiga acompanhar a evolução do objeto, tanto natural, quanto resultante de intervenção decorrente do próprio planejamento.

Contudo, como toda forma de monitoramento, o sistema de avaliação de desempenho baseado em incentivos apresenta-se bastante custoso, tendo em vista todas as etapas nele envolvidas. Inicialmente, é necessário saber quais dados coletar e como coletá-los, atentando, principalmente, para a sua confiabilidade, questão chave nas prestações de serviço descentralizadas como é o TRIP. Em seguida, é necessário ter uma base de dados consolidada para que se possa definir os parâmetros de referência e, após, é necessária a concepção de um sistema de incentivos e penalidades adequado ao objeto. Na fase de implementação dos indicadores e acompanhamento do serviço, é necessária a manutenção de uma estrutura administrativa que consiga aplicar com efetividade o sistema desenvolvido, além da realização de eventuais ajustes.

No caso do TRIP, tendo em vista as particularidades da concessão, a realidade é que a agência responsável, no caso, a ANTT, não tem ainda informações acerca de como funcionará o sistema, ou mesmo como ele poderá evoluir ao longo do tempo. Sendo assim, embora os indicadores sejam – frise-se novamente – indispensáveis, colocá-los como praticamente o único mecanismo para assegurar o atingimento dos objetivos finalísticos pode não ser a melhor alternativa. O ideal é que se tenha uma série de outras cláusulas contratuais que corroborem e dêem suporte ao sistema de avaliação de desempenho caso haja quaisquer falhas na sua implementação ou, ainda, durante o necessário período de adaptação.

O contrato sob análise, embora atribua grande parte da “responsabilidade” pela consecução dos objetivos finalísticos do planejamento em transportes aos indicadores, não deixa de trazer também cláusulas que exercem algum impacto sobre os objetivos finalísticos. A seguir, serão analisados os objetivos finalísticos selecionados para a matriz de sistematização, um a um, destacando-se os seus pontos positivos e os custos a eles associados.

6.3.1.1 O elemento eficácia

Inicialmente, no que tange ao objetivo da eficácia, tem-se que, para os seus elementos componentes: tempestividade, integridade do objeto e assertividade, foram identificados mais impactos positivos do que negativos. No entanto, a maior parte dos impactos positivos foram valorados como de baixo impacto e alto custo.

Apenas dois itens foram considerados como de impacto negativo sobre tal objetivo. O primeiro diz respeito à cláusula que estabelece que a licitação para a concessão das linhas será do tipo menor valor da tarifa do serviço, haja vista que, havendo a possibilidade de uma empresa sem condições de prestar esse serviço ser a vencedora da licitação, identificou-se que uma das primeiras características do serviço a ser afetada é precisamente a eficácia. Sendo assim, considerando o alto risco de seleção adversa gerado por essa cláusula, o impacto a ela atribuído foi de -3 em relação a todos os elementos componentes desse objetivo.

O segundo item de impacto negativo sobre a eficácia foi aquele cuja cláusula determina o reajuste dos coeficientes tarifários pelo IPCA, índice que se considerou inadequado

para medir a variação de preços dos insumos do serviço de transporte rodoviário interestadual de passageiros. Isso porque, tal índice é aferido a partir de uma cesta de bens de consumo familiar, cuja variação geralmente está abaixo daquela verificada para os insumos do TRIP, notadamente, o combustível. Dessa forma, a empresa arrisca-se a suportar perdas decorrentes do reajuste inadequado das tarifas o que, em longo prazo (quinze anos de permissão), influenciaria negativamente a qualidade do serviço prestado, sob o aspecto da eficácia.

Quanto aos itens que surtem efeitos positivos sobre os elementos que compõem a eficácia, tem-se a observar serem, em sua maioria, bastante custosos (inclusive os de baixo impacto positivo). Em geral, apenas o item 2, que estabelece que a tarifa será calculada por meio de coeficiente tarifário, não apresenta impactos negativos sobre os custos de monitoramento. Todas as demais apresentam esses impactos sendo que, em sua maioria, eles foram considerados médios ou altos.

Assim também para os custos de resolução de conflitos, custos decorrentes de risco moral e os custos das operadoras. Dentre os itens com impactos positivos para o objetivo da eficácia, foram identificados pelos menos cinco que exercem impactos negativos médios ou altos para cada um desses elementos de custo. Cabe, então, averiguar se os efeitos positivos sobre a eficácia justificam a manutenção dessas cláusulas no contrato, e a assunção dos custos delas decorrentes.

Para tanto, verificou-se quais desses itens surtiriam efeitos negativos de média ou alta intensidade sobre os elementos componentes do custo, correlacionando tais efeitos com os benefícios trazidos pelas cláusulas neles compreendidas. Dessa forma, chegou-se à conclusão de que os itens 9, 24 e 32, exercem impactos positivos muito baixos em comparação com os custos por eles gerados.

Importante notar que, por enquanto, a análise se restringe ao objetivo finalístico da eficácia, vale dizer, para esse objetivo, não seria viável a manutenção dessas cláusulas no contrato. Entretanto, examinando as cláusulas acima apontadas, verifica tratar-se daquelas que estabelecem a possibilidade de se utilizar receitas provenientes de serviços acessórios e das que determinam a escolha criteriosa dos pontos de parada; cláusulas que têm finalidades essenciais ao sistema de transportes em questão e que, portanto, deverão ser mantidas.

6.3.1.2 O elemento mobilidade

Passando-se à análise do objetivo a seguir, qual seja, a mobilidade, é de se ressaltar que os seus componentes são bastante distintos entre si, razão pela qual, acredita-se, não houve homogeneidade entre as cláusulas com impactos negativos e positivos como ocorreu com os elementos da eficácia. Observou-se que a disponibilidade temporal e a disponibilidade espacial do meio, além da compatibilidade do meio com o objeto apresentaram resultados semelhantes entre si, com maior número de impactos positivos (variando entre cinco e dez) do que negativos (dois ou três). Entretanto, a capacidade financeira do sujeito, por ser mais sensível às cláusulas mais onerosas, apresentou resultado contrário, com quinze itens que geram impactos negativos contra dez que exercem impactos positivos.

Em relação aos custos daqueles itens que estimulam a mobilidade, a análise resultou muito semelhante àqueles elementos do componente eficácia, mostrando-os bastante custosos em todos os aspectos. Assim como na análise do objetivo anterior, grande parte dos impactos negativos sobre os custos são médios e altos e, realizando-se o cotejamento entre custos e benefícios trazidos especificamente ao objetivo de mobilidade, destaca-se como questionável a manutenção das cláusulas referentes aos itens 9, 10, 12, 17, 18, 19 e 22. Novamente ressalta-se que a análise ora realizada é isolada, devendo ser posteriormente integrada com os demais objetivos para adquirir validade.

6.3.1.3 O elemento eficiência

Por fim, o último objetivo a ser considerado é o da eficiência. Neste são analisados elementos referentes à eficiência de mercado e de produção. Destaca-se inicialmente que, assim como o objetivo anterior, existe heterogeneidade entre os impactos negativos e positivos observados para esses elementos. O grau de competição e o equilíbrio entre oferta e demanda tiveram resultados próximos, com mais impactos positivos do que negativos. Entretanto, para a competitividade do preço do serviço e para as externalidades ao meio ambiente foi observada uma leve preponderância dos impactos negativos sobre os positivos.

Outro ponto interessante é que, no geral, o objetivo finalístico da eficiência teve maior quantidade de impactos negativos em seus elementos do que os dois anteriores. Enquanto os demais elementos, com exceção da capacidade financeira do sujeito, vinham recebendo impacto negativo de apenas dois ou três itens; na eficiência, a média de itens negativos sobe para seis.

Em termos de custos, observa-se que, muito provavelmente pelo fato de as cláusulas que exercem impactos positivos sobre a eficiência serem quase as mesmas dos demais objetivos, a situação é muito semelhante. Quase a totalidade dos itens avaliados positivamente em relação à eficiência apresentou impactos negativos sobre os custos de monitoramento, os custos de resolução de conflitos e os custos decorrentes de risco moral. Menos atingidos foram os custos das empresas operadoras. Nesse aspecto, o destaque se dá em relação aos itens que estimulam a competitividade do preço do serviço que, por questão de coerência, não poderiam exercer efeitos negativos sobre o custo da operação, aumentando-os.

Como itens cujas cláusulas podem ser questionadas surgem os de número 10, 17, 18, 19, 32, e 51. Sobre esse ponto, algumas considerações merecem ser tecidas.

Acerca das cláusulas referentes aos itens 10 e 17, que tratam da manutenção de uma proporção entre o coeficiente tarifário do serviço regular e aqueles utilizados para pisos não pavimentados, seções secundárias e serviços diferenciados, deve ser salientado que houve uma dupla análise de impactos sobre o equilíbrio da oferta e demanda e competitividade do preço do serviço. Entende-se que, em relação aos diferentes tipos de pisos e seções secundárias, poder-se-ia estipular a manutenção de uma proporção, dado que os mesmos, embora com características diferenciadas, continuam a integrar o que se entende por serviço regular. Esse é o serviço de caráter público e que demanda a proteção estatal para a sua prestação, de modo que ao Poder Público, de fato, cabe garantir a modicidade das tarifas por meio de interferência nos preços cobrados.

Não é o caso, entretanto, dos serviços diferenciados, cujas características são incrementadas para atender a segmentos distintos de usuários. Nesse caso, acredita-se que, garantido o serviço regular para que a ele todos tenham acesso, caberia à empresa precificar o serviço diferenciado conforme o equilíbrio estabelecido entre demanda e oferta, sem interferência estatal.

Inclusive, o próprio Decreto n.º 2.521/98 reconhece o caráter empresarial do serviço diferenciado, ao dispor ser livre a sua implantação, dentre as modalidades previstas. Ressalva, ainda, a possibilidade de implantação de novos serviços, diferentes daqueles já estabelecidos pelo Decreto, desde que autorizado pela ANTT. Dessa forma, a limitação do coeficiente tarifário a ser utilizado para esses serviços poderá prejudicar a implantação dessas novas modalidades de serviço diferenciado, que poderão não ser devidamente remuneradas pelo coeficiente máximo, deixando desatendido determinado segmento de consumidores. Por esse motivo, tais cláusulas receberam, para os elementos equilíbrio da oferta e demanda e competitividade do preço do serviço, valorização +1 no que se refere ao estabelecimento de proporção entre o coeficiente tarifário dos diferentes tipos de pisos e seções secundárias; e -1 em relação à mesma proporção no que tange aos serviços diferenciados.

Ressalta-se que a alteração da cláusula em questão pode, inclusive, diminuir os seus impactos negativos sobre o custo. Isso porque, mantendo-se a proporção dos coeficientes apenas para os serviços regulares, imagina-se que haveria redução tanto nos custos de resolução de conflitos, haja vista que se diminuiria a possibilidade de questionamentos envolvendo indevida interferência estatal na atividade econômica da empresa; quanto naqueles decorrentes de risco moral, uma vez que a empresa receberia a remuneração por ela considerada justa para os serviços diferenciados, diminuindo eventuais comportamentos oportunistas a serem coibidos pela Agência. Ademais, tal alteração incrementa as receitas auferidas pelas operadoras, funcionando, inclusive, como mecanismo de compensação para outras especificações do serviço, custosas, porém necessárias.

As cláusulas englobadas pelos itens 10 e 17, assim, mereceriam ser revistas, enquanto para as demais cláusulas prevalece o raciocínio de que deverão ser analisadas de forma global para validar as conclusões a que se chega examinando-as exclusivamente sob a perspectiva da eficiência.

6.3.1.4 Conclusões acerca das características gerais da estrutura de governança

A partir desse exame geral acerca dos objetivos finalísticos, percebe-se que na estrutura de governança concebida tais objetivos não sofrem impacto negativo substancial pelas cláusulas contratuais. O que se percebe são dois ou três itens com impacto negativo em

cada um dos seus elementos, salientando-se que aqueles decorrentes de seleção adversa são indiretamente neutralizados pela grande quantidade de cláusulas que visam resguardar a operação nesse sentido. Portanto, é possível concluir que, sob esse aspecto, o contrato ora analisado mostra-se adequado.

Por outro lado, não se percebe uma ação deliberada do Poder Público no sentido de estimular os referidos objetivos. Com algumas exceções, as cláusulas não têm uma redação diretamente voltada à consecução desses objetivos, acabando por exercer, quase que de forma acessória, alguns impactos positivos sobre eles, em graus variados. Outrossim, dos cinquenta e nove itens selecionados para a análise, verifica-se que houve grande repetição daqueles que, de alguma forma, tiveram impactos positivos sobre os onze elementos utilizados para a verificação dos objetivos finalísticos. Embora estes representassem aproximadamente 2/3 dos componentes utilizados para a análise dos objetivos finalísticos das partes, apenas 23 itens, menos da metade dos analisados, conseguiram exercer algum impacto sobre eles.

A característica ora observada no contrato pode ser imputada à estrutura institucional dos transportes no Brasil, que separa as atribuições de planejamento e controle da execução em pessoas jurídicas distintas. Com efeito, com o advento da Lei n.º 10.233/2001, que criou as Agências Nacionais de Transportes Terrestres e de Transportes Aquaviários (ANTT e ANTAQ), a estas foi conferida a função de regulação dos serviços públicos delegados aos particulares, enquanto para o Ministério dos Transportes ficou mantida a atribuição que já lhe era cometida, de planejamento das políticas públicas em transportes. Criou-se, ainda, o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte – CONIT, também com atribuições de planejamento.

Dessa forma, a atuação da ANTT, em cujos documentos foi baseado o contrato sob análise, fica restrita à regulação dos serviços, justificando a preocupação consideravelmente maior em relação a estes aspectos do que aos objetivos finalísticos de planejamento, cuja garantia, em tese, caberia ao Ministério dos Transportes e ao CONIT.

Entretanto, tendo em consideração o entendimento exposto no presente trabalho de que o contrato deve refletir o planejamento do sistema, induzindo os principais atores a se comportarem de maneira que favoreça o sucesso da sua concretização, acredita-se que

se deva buscar maior diálogo e integração entre as diversas estruturas institucionais para que, ao final, se aproveite a oportunidade de ter os objetivos fixados pelo planejamento como parte desse instrumento vinculante que é o contrato.

6.3.2 O oportunismo no contrato sob exame

Vistas as características gerais da estrutura de governança estabelecida pelo contrato do TRIP, passa-se ao ponto que se considera central, qual seja, a análise da eficiência dessa estrutura no que tange à sua capacidade de reprimir comportamentos oportunistas e resolver as situações dele decorrentes.

Conforme discussão travada no capítulo 4 deste trabalho, o oportunismo decorre de uma característica comportamental humana, o auto-interesse em sua forma mais agressiva. Destarte, sendo assim considerado, deve-se encarar qualquer relação entre pessoas como passível de comportamentos oportunistas, independente de suas características, uma vez que este, na verdade, provém dos agentes.

Algumas características da transação, entretanto, podem aguçar tais comportamentos, como a dificuldade de monitoramento dos agentes e a assimetria informacional. São essas, inclusive, as premissas da relação de agência, tratada no capítulo anterior, e que em tudo se amolda às situações de delegação da execução de um serviço.

Pois bem, as teorias estudadas, a fim de assegurar a eficiência da transação mesmo quando esta apresenta características delicadas, propõem que se estabeleça uma situação em que incentivos tratarão de garantir que o delegatário, a despeito de sua vantagem informacional e, muitas vezes, impossibilidade de monitoramento, concretize os objetivos do delegante. Paralelamente, deve-se conceber uma estrutura que reduza as brechas e pontos fracos da transação e que, ao mesmo tempo, apresente um mecanismo de suporte em caso de falha, vale dizer, um mecanismo que resolva os conflitos surgidos durante a relação em virtude do oportunismo, neutralizando-os da forma mais rápida possível.

Por outro lado, considera-se que, não obstante o oportunismo seja uma condição natural dos agentes e que, portanto, independente da situação em que o agente se encontra, ele sempre tenderá a querer ganhar mais, se puder, situações desfavoráveis despertam atitudes oportunistas na medida em que, muitas vezes, ao se encontrar em posição

contratual adversa, a parte acabará por buscar formas de aumentar seus ganhos no intuito de possibilitar a manutenção da relação contratual.

Sendo assim, a análise ora intentada busca exatamente por esses pontos, focando-se tanto na redução explícita da seleção adversa e risco moral, quanto no atendimento equilibrado dos interesses das partes, e, ainda, aos mecanismos de suporte para a resolução eficiente dos conflitos.

6.3.2.1 A seleção adversa

Começa-se a análise destacando um ponto já tratado anteriormente, isto é, a grande relevância atribuída à questão da seleção adversa no contrato ora examinado. Conforme afirmado, este é, dentre todos os elementos analisados, o que mais reúne impactos positivos das cláusulas contratuais, sofrendo apenas dois impactos negativos. Os motivos para tanto já foram objeto de discussão anterior.

Há que se ressaltar, entretanto, que dezesseis dos vinte e cinco itens positivos contabilizados para a seleção adversa foram valorados como de baixo impacto e, assim, não deverão surtir grandes efeitos enquanto incentivos para reduzi-la. Exemplo disso são as exigências para a habilitação no certame licitatório – estabelecidas por lei e, portanto, não passíveis de alteração – que avaliam requisitos muito amplos e superficiais, não refletindo, de fato, a capacidade da empresa em prestar o serviço.

Ademais, alguns itens que foram avaliados como de impactos positivos para a redução dos custos decorrentes de seleção adversa, como, por exemplo, o que determina que para a elaboração da proposta de valor tarifário devem ser considerados todos os itens de custo e todas as gratuidades previstas em lei, exercem influência bastante discreta sobre aquele elemento, impactando-o apenas de forma secundária. De toda sorte, há ainda oito outros itens com impactos médios e um item com impactos altos sobre a seleção adversa que, acompanhados dos demais, deverão, de fato diminuir os riscos e custos da ocorrência de tal forma de oportunismo.

Outro ponto a ser destacado é que, embora seja evidente a grande preocupação com os problemas advindos da seleção adversa, identificou-se apenas um item com a intenção deliberada de utilização da sinalização, recomendada pela doutrina como medida mitigadora da seleção adversa. Com efeito, o item 22 da análise em questão estabelece

que será desclassificada a empresa que apresentar esquema operacional em desacordo com a Resolução nº 18 da ANTT, o que deverá induzi-la a demonstrar o seu *know-how* em relação à operação. Como crítica ao dispositivo mencionado, no entanto, alerta-se para o fato de que o esquema operacional em conformidade com requisitos de resolução não apresenta grandes dificuldades, de forma que ainda assim uma empresa sem as características necessárias poderia confeccioná-lo. Melhor seria a obrigatoriedade de apresentação de projeto de implantação da operação que englobasse tanto o esquema operacional detalhado, quanto plano de renovação de frota, metas de qualidade a serem atingidas e o seu respectivo cronograma.

6.3.2.2 O risco moral

O ponto seguinte da análise é o relativo ao risco moral. Para iniciá-la, é interessante notar que na análise que se fez dos impactos sobre o risco moral durante o preenchimento da matriz, considerou-se, para fins de atribuição de impactos negativos, tanto as brechas contratuais que pudessem levar à barganha entre as partes quanto aquelas situações de difícil monitoramento e aquelas que, por se mostrarem bastante desfavoráveis para o operador, pudessem levar à busca deliberada pelo oportunismo.

Os resultados apresentaram dezenove itens com impactos negativos, contra dezessete com impactos positivos, caracterizando, assim, choque de incentivos em relação a esse elemento. Ressalta-se que em nada favorece a relação contratual a existência de diversos dispositivos que incentivam a redução do risco moral se há a mesma quantidade de itens que incentivam o contrário.

Vê-se, portanto, que, assim como para os objetivos finalísticos, não houve grande preocupação, na concepção da estrutura de governança analisada, com a eliminação do risco moral. Do contrário, pela grande quantidade de cláusulas que o impactam negativamente, imagina-se que durante a elaboração contratual, muitas das cláusulas inseridas no contrato foram redigidas sem que se levasse em consideração a possibilidade de ocorrência desse tipo de comportamento.

É certo que houve alguma consideração a respeito da questão e, pelos itens avaliados como de alto impacto sobre a redução do risco moral, percebe-se que houve a designação de algumas estruturas para lidar com esse tipo de problema. Entretanto,

assim como ocorre com os objetivos finalísticos, confiou-se grande parte dessa incumbência ao sistema de avaliação de desempenho e à coleta automatizada de dados, bem como à constituição de nova sociedade empresária especificamente para a prestação dos serviços delegados.

De fato, tendo em vista a constante avaliação da permissionária no que tange à operação pelo sistema de avaliação de desempenho e aos planos de consequências associados, há grandes chances de que a empresa operadora venha, realmente, a cumprir aquilo que lhe foi estipulado em termos de qualidade. Bem assim, com a coleta automatizada dos dados operacionais de forma inviolável pelas empresas, é difícil que elas tenham a possibilidade de se valer da assimetria informacional para capturar o regulador. Ainda, a constituição de nova sociedade empresária, específica para o serviço, permite maior clareza no controle das receitas da empresa operadora, sem atividades paralelas que possam mascarar os ganhos realizados.

Entretanto, tais mecanismos, embora consigam mitigar a dificuldade de monitoramento direto das operações e, em algum grau, também a assimetria informacional, deixam de considerar a barganha que o operador pode empreender com o Poder Público na tentativa de auferir mais vantagens do que as originalmente previstas para aquela transação. Nessa situação enquadra-se não apenas a negociação administrativa realizada diretamente entre a empresa e o Poder Público, mas, principalmente, as disputas judiciais, fonte de inúmeros problemas para o bom andamento dos serviços.

A solução para esse tipo de situação, entretanto, não se mostra em um único mecanismo capaz de afastar comportamentos nefastos à execução contratual, mas perpassa toda a construção da estrutura de governança, a fim de se reduzir as brechas que a eles representariam oportunidades, bem como promover o alinhamento de objetivos, equilibrando a relação entre as partes. Vejamos, portanto, como a estrutura de governança analisada está estruturada sob esses aspectos.

De início, é necessário ressaltar que, embora possa parecer haver um equilíbrio entre incentivos positivos e negativos, não é isso que se verifica quando se toma em consideração os graus dos impactos exercidos. Enquanto os itens que incentivam positivamente a redução do risco moral estão em quantidade decrescente, vale dizer, há mais itens de baixo impacto do que itens de médio impacto e, por sua vez, mais itens de

médio impacto do que itens de alto impacto; os que incentivam negativamente aquele elemento estão em quantidade crescente. Com efeito, tem-se apenas quatro itens valorados com impacto +3, ao passo que são onze os itens valorados como -3. Por outro lado, dos dezessete itens considerados positivos para a redução do risco moral, sete são de baixo impacto e, assim, dificilmente exercerão papel relevante como incentivo.

Colocada essa questão, passa-se à avaliação quanto à existência de eventuais brechas contratuais. Para tanto, buscou-se identificar, para cada item avaliado como incentivo negativo à redução do risco moral, os motivos que levaram a tal avaliação, cruzando-os, em seguida, com os mecanismos encontrados para inibir a ocorrência desse comportamento oportunista.

Das dezenove cláusulas com impactos negativos, dez foram avaliadas dessa forma em virtude da dificuldade de monitoramento da conduta por elas imposta. As demais, em virtude de estabelecerem condições desfavoráveis para o operador ou possibilitarem a barganha em relação a determinadas especificações contratuais.

Pois bem, no contrato em questão, conforme já destacado anteriormente, foram identificadas estruturas que visam mitigar a dificuldade de monitoramento que poderia levar ao descumprimento das condições estipuladas, de forma que se considera, nessa parte, atendidos os requisitos necessários à estrutura de governança.

Bem assim, no que se refere à eventual discussão acerca do equilíbrio-econômico financeiro do contrato, foi estabelecida uma série de limitações explícitas, o que, em tese, reduziria a possibilidade de barganha quanto a esse ponto. É certo que não há como se avaliar a extensão da eficácia de tais limitações na redução dessa discussão, mas, para fins de avaliação da estrutura de governança, deve-se considerar que foram utilizados os incentivos possíveis, uma vez que não há qualquer forma concreta de interferir no comportamento da empresa e evitar, de forma efetiva, essa barganha.

Para os demais itens avaliados negativamente em relação ao risco moral, não foram encontrados quaisquer incentivos que pudessem lhes equilibrar, de maneira que a conclusão à qual se chega é de vulnerabilidade contratual nesse sentido. Dessa forma, o presente trabalho buscará discutir alguns dos incentivos possíveis para a mitigação dessa espécie de oportunismo.

Inicialmente, tem-se o item de número 1, que especifica o tipo de licitação como sendo o menor valor da tarifa do serviço a ser prestado. Pois bem, essa determinação, que se apresenta como clara escolha do Poder Público, haja vista que a lei prevê uma série de critérios a serem utilizados para o julgamento das propostas, constitui, para a empresa operadora, uma característica desfavorável da estrutura de governança. Sendo assim, possibilita que, após vencer o certame licitatório e assinar o contrato de delegação, a empresa busque burlar essas disposições, ou pela cobrança de tarifas superiores às aquelas propostas, ou pela imposição de taxas adicionais não autorizadas, ou pela captação de mercados que não lhe eram originalmente destinados.

Como solução para tal questão, e tendo sempre em mente que o objetivo finalístico de uma empresa é a geração de lucro – que, portanto, deve ser uma das prioridades estabelecidas na estrutura de governança – vislumbra-se a compensação dessa limitação de receitas com a possibilidade de auferi-las em atividades complementares. Nesse sentido, a cláusula que permite a execução de serviços acessórios teria, em tese, grande impacto positivo, ao prever justamente esse incremento nas receitas da empresa sem grandes custos adicionais. Entretanto, considera-se que a forma como tais serviços foram tratados na estrutura de governança concebida acaba por incentivar ainda mais a ocorrência de comportamentos oportunistas.

Isso porque, inicialmente, a prestação de serviços acessórios é possível somente desde que autorizada pela ANTT, o que, por si, já cria um risco de descumprimento da avença em virtude da dificuldade de monitoramento. Os mecanismos concebidos para evitar descumprimentos se apresentam pouco eficazes para garantir que serviços acessórios não autorizados sejam, de fato, realizados. Por outro lado, existe a previsão estabelecida no art. 11 da Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos, de que quaisquer receitas auferidas em atividades alternativas, complementares, acessórios ou de projetos associados revertam para a modicidade tarifária.

Tendo em vista a citada disposição legal, o contrato sob análise prevê a reversão de 25% das receitas líquidas e, no mínimo 10% das receitas brutas, auferidas com serviços acessórios. Pois bem, a primeira questão a ser levada em consideração nesse caso é que o serviço a ser licitado tem como critério de seleção da permissionária o menor valor da

tarifa do serviço a ser prestado. Sendo assim, considera-se que, por se tratar de certame licitatório e, mais ainda, de leilão, a tendência observada é que os preços sejam os menores possíveis, dadas as especificações do serviço. Ademais, esses preços partirão de um coeficiente tarifário máximo estabelecido pela agência, sendo calculados com base na maior diferença percentual em relação a tal coeficiente indicativo. Ora, como se vê, o próprio critério de julgamento da licitação, na forma como estabelecido, já tem a finalidade de garantir que os preços praticados sejam os mínimos possíveis, atendendo ao requisito legal da modicidade tarifária. Portanto, se a tarifa inicial já está de acordo com os objetivos públicos do serviço no que tange ao valor por ele cobrado, não se imagina o motivo pelo qual deva ela ser ainda mais reduzida às expensas da eficiência da transação.

Com efeito, conforme já alertado, a possibilidade de auferimento de receitas extraordinárias que compensem a situação desfavorável para o operador de ter que prestar o serviço ao menor preço que conseguir, representa incentivo significativo para que ele tenha maior interesse na manutenção do contrato e, portanto, no seu correto cumprimento.

Outrossim, há que se levar em consideração que, sendo a licitação um procedimento concorrencial, deve-se esperar que uma parte dessas receitas já sejam revertidas automaticamente para a redução do coeficiente tarifário ainda na proposta, porém, conforme o juízo de oportunidade da então licitante. Nessa hipótese é ela quem decide de qual parte das receitas deseja abrir mão em troca de aumentar suas chances de vencer a licitação e, portanto, não há aí risco moral. Conforme apontado, entretanto, a previsão de reversão das receitas extraordinárias decorre de lei, não podendo ser retirada do contrato.

Outra possibilidade para a redução do risco moral referente ao menor valor do serviço seria a já mencionada liberação das tarifas de serviços diferenciados. Tendo em vista que tais serviços não possuem caráter público e, assim, não necessitam de regulação em relação à tarifa, o incremento da atividade pelas operadoras e o consequente e proporcional aumento das receitas por elas auferidas pode ser um grande mecanismo compensatório. Tal alteração solucionaria também o impacto negativo sobre o risco moral associado às cláusulas referentes aos itens 10 e 17.

O item 13, referente ao índice de reajuste aplicável ao contrato, também já foi objeto de discussão anterior quando se tratou dos impactos negativos sobre os objetivos finalísticos. É necessário ressaltar que o fato de se indexar o reajuste é um ponto positivo, e que deve ser mantido para garantir o mínimo de conflitos possíveis nesse momento da execução contratual. Entretanto, o índice escolhido para o caso não é o mais adequado e dificilmente refletirá a variação de preços do setor, uma vez que considera itens consideravelmente diferentes dos insumos do serviço de transporte rodoviário de passageiros para a sua formação.

O item número 31, por sua vez, traz a obrigatoriedade de concessão dos passes livres, gratuidades e descontos estabelecidos em lei. Pela redação do dispositivo em questão, verifica-se que sua função é apenas reforçar o que estabelece a legislação, operando como um compromisso formal da empresa operadora de ciência da legislação vigente, e de que irá cumpri-la. O risco moral associado ao item em questão, portanto, não advém propriamente do contrato, mas das instituições formais que a ele impõem limites.

Note-se que a concessão de gratuidades *lato sensu* aos diversos grupos contemplados em lei tem caráter nitidamente social e, assim, devem ser suportadas por toda a coletividade, em oposição apenas às empresas operadoras e usuários do transporte rodoviário interestadual de passageiros. Isto posto, entende-se que a referida gratuidade deveria ser objeto de subsídio governamental, ao contrário do que ocorre atualmente, em que o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato é custeado pelo reajuste tarifário. Conclui-se, portanto, que a inserção dessa cláusula no contrato sob exame em nada altera a estrutura de governança concebida, eis que a limitação, nesse ponto, decorre de lei.

Por fim, há que se comentar acerca do item 59, que diz respeito aos riscos cuja responsabilidade é da empresa operadora, e que traz em si a possibilidade de inúmeras discussões e tentativa de barganha pela permissionária. Ressalta-se que a distribuição de riscos é um elemento da estrutura de governança de escolha do Poder Público, que deve utilizar as técnicas e ferramentas adequadas para a sua definição¹¹. O que se deve ter em mente, entretanto, é que quanto maior a atribuição de riscos ao particular, maiores as

¹¹ A respeito, confira Aragão *et al.* (2004) *Parceria Público-Privada: Procedimento de avaliação qualitativa de riscos como ferramenta para desenho de contratos*.

possibilidades de que, futuramente, essa distribuição venha a ser objeto de questionamento. Sendo assim, o item referente à cláusula em questão recebeu valoração -3 no que tange aos custos decorrentes de risco moral. Esse, contudo, é um custo que decorre de uma opção da agência reguladora e para o qual não existe solução, cabendo a ela apenas suportá-lo.

6.3.2.3 Os mecanismos de resolução de conflitos

Como se vê da análise acima realizada, o contrato sob exame é bastante completo no que tange a algumas formas de oportunismo enquanto, para outras, apresenta deficiências e vulnerabilidades. Sendo assim, paralelamente à discussão acerca de impactos positivos e negativos, e incentivos para que as empresas operadoras executem o contrato firmado da forma inicialmente planejada, se o que se busca é a eficiência da transação, devem ser contemplados também mecanismos de suporte contratual.

Apenas retomando brevemente algumas idéias já tratadas anteriormente, a estrutura de governança contratual pressupõe a seleção e organização de diversos elementos e mecanismos para reger uma determinada transação de acordo com as suas características particulares, realizando-a com o menor custo possível. Trabalha-se com a idéia de eficiência, cabendo, portanto, a utilização do conceito de curva de contrato.

Tendo em vista, entretanto, a incerteza do ambiente em que se desenvolve a transação e a incompletude contratual – que agora podemos estender para incompletude da estrutura de governança – inevitavelmente existirão situações em que serão verificadas falhas dos mecanismos inicialmente previstos. Nesse momento, o contrato é deslocado de sua curva de eficiência, dando margem a conflitos na execução contratual ou mesmo comportamentos oportunistas.

Para que se retorne à curva de contrato da maneira mais simples possível, é necessário que existam estruturas aptas a solucionar rapidamente os conflitos surgidos, encerrando a controvérsia e também as oportunidades de se adotar comportamentos prejudiciais à boa execução contratual. Nesse sentido é que Williamson (1985) questiona a eficácia da intervenção judicial, propondo, em seu lugar, soluções privadas aos conflitos eventualmente surgidos.

Com efeito, o capítulo de estudo dos contratos debateu, em sua análise jurídica, o novo papel atribuído ao Direito no que diz respeito à determinação do conteúdo contratual, explicitando que a vontade das partes na construção do contrato encontra limites na definição do que é útil e justo, conforme interpretação judicial da lei. Dessa forma, se expôs que os conceitos de função social do contrato, boa-fé objetiva e equidade são construídos pelo juiz de acordo com as exigências do caso concreto, quando do exame judicial da controvérsia.

Em termos de eficiência da execução contratual, essa carga de subjetividade atribuída ao julgador pode ser prejudicial, haja vista que normalmente aquele não será grande conhecedor das particularidades da operação, do sistema de transportes, e do ambiente institucional em que este está inserido.

No presente estudo de caso, além das falhas eventualmente verificadas em função da natural incompletude contratual, há ainda brechas que possibilitam a ocorrência de comportamentos oportunistas. Contudo, a análise da matriz de sistematização proposta evidencia que, assim como para o risco moral, não existe uma preocupação direta em minimizar situações conflituosas. Houve apenas a especificação de características que se imaginou serem ideais para o TRIP, sem que houvesse, entretanto, grandes esforços em solucionar os conflitos que já hoje vêm ocorrendo. Pelo que se percebe, espera-se que a nova estruturação do sistema, notadamente os mecanismos de controle, resolva os problemas atualmente encontrados, mas não há uma ação direcionada para tal.

Em exame das disposições contratuais que geram impactos negativos sobre os custos com a resolução de conflitos, conclui-se que algumas delas envolvem situações associadas ao risco moral e podem, assim, aproveitar os mecanismos de mitigação daquela espécie de comportamento oportunista. Outras, entretanto, decorrem das opções associadas à estrutura de governança, como os itens 1, 51, 55, 56 e 59; de características do próprio sistema, como aquelas que estabelecem a prestação de serviço adequado também nos pontos de parada e de apoio; e algumas, ainda, derivam de lei, como as que possibilitam a alteração unilateral do contrato em virtude de interesse público e as que estabelecem a possibilidade de intervenção no serviço.

Para lidar com essas questões, o contrato ora estudado é falho, na medida em que não dispõe de qualquer previsão efetiva que desvincule a responsabilidade pela resolução de

eventuais conflitos do Poder Judiciário, submetendo-o à vontade das partes. A única previsão estabelecida nesse sentido é a da cláusula referente ao item 54, que ressalva expressamente a possibilidade de composição extrajudicial, inclusive mediante conciliação e arbitragem. Estabelece, ainda, que a instituição de juízo arbitral seguirá os procedimentos da Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996.

A lei em questão estabelece, para que se submeta os conflitos ao juízo arbitral, a necessidade de se firmar a convenção de arbitragem, que engloba a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. A primeira é firmada em contrato, por escrito, estabelecendo compromisso das partes em se submeterem à arbitragem para a resolução dos conflitos que possam vir a surgir futuramente. Já a segunda diz respeito à forma de instauração do juízo arbitral, estabelecendo, por exemplo, se ele utilizará regras jurídicas ou de equidade para a solução do conflito e, para o primeiro caso, quais as regras aplicáveis. Pode, ainda, indicar pessoa determinada para atuar como árbitro e estabelecer o prazo de duração do procedimento, ao final do qual deverá ser proferida a sentença arbitral, bem como os procedimentos a serem seguidos durante a arbitragem.

Cumpridas essas etapas, tem-se a submissão do litígio à arbitragem. Entretanto, para os contratos de adesão, como é o caso dos contratos administrativos em geral, a lei estabelece um procedimento específico: a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

O contrato analisado, além de não estabelecer o compromisso expresso em se submeter à arbitragem, prevendo apenas a ressalva da possibilidade de composição extrajudicial, para validar a instituição do juízo arbitral teria necessariamente de seguir o procedimento acima relatado. Vê-se, portanto, ser necessária a anuência da empresa operadora para o aproveitamento desse mecanismo, que inúmeras vantagens oferece à execução contratual e, assim, deve-se pensar novamente em incentivos.

Um caso de sucesso nesse aspecto, e que pode ser adotado como referência, é o da BM&F Bovespa. Nesse modelo, foram criados segmentos especiais de listagem para empresas interessadas em assumir compromissos de governança corporativa adicionais àqueles previstos na legislação. O resultado final é uma listagem de empresas com uma

espécie de selo de qualidade em relação à sua governança corporativa, que diminui o risco da operação e, assim, aumenta a confiança e disposição dos investidores em adquirir ações daquela companhia, dela tornando-se sócios. Dentre as exigências estabelecidas destaca-se a adoção da arbitragem para a resolução dos eventuais conflitos, tendo, inclusive, sido criada Câmara de Arbitragem do Mercado para atender às companhias que optassem por integrar tal sistema.

Transportando esse conceito para o setor de transporte rodoviário interestadual de passageiros, verifica-se não ser possível criar uma segmentação de empresas, como fora realizado na BM&F Bovespa, mas, certamente, é possível aproveitar a idéia de concessão de facilidades às empresas que optarem pela arbitragem, em função do maior grau de confiança a elas atribuído.

Com efeito, a utilização desse mecanismo de composição de conflitos traz vantagens, como a sua solução de forma mais rápida e eficaz – já que, muito provavelmente, o poder decisório será atribuído a especialista no setor – que, seguramente, exercerá influência tanto sobre a governança da própria empresa quanto sobre os custos regulatórios para o Poder Público. Sendo assim, é possível atribuir maior flexibilidade em relação a benefícios associados à execução do contrato que dependem de anuência da agência como, por exemplo, a autorização para a realização de serviços acessórios às empresas que se comprometam a reduzir o custo regulatório por meio da instituição da arbitragem.

Salienta-se, por fim, que se for possível a implantação da arbitragem com sucesso, esta poderá, ainda, funcionar como mais um incentivo à redução do risco moral. Isso porque na medida em que se têm especialistas do setor decidindo as questões conforme conhecimentos de ordem técnica, perde-se espaço para a argumentação vazia e desconexa da realidade do setor, além da barganha empreendida, características bastante comuns nos processos judiciais propostos.

6.3.3 Os custos da estrutura de governança

Após a discussão acerca dos incentivos para a consecução dos objetivos das partes, das formas de oportunismo e dos mecanismos de resolução de conflitos identificados no

contrato, cabe abordar a questão relacionada aos custos da estrutura de governança concebida.

Partindo do referencial teórico utilizado no presente trabalho, tem-se como papel da estrutura de governança a redução dos custos de transação ao mínimo possível, para que, num juízo de conveniência, não se tenha de abrir mão dos ganhos de troca obtidos com as diversas transações em virtude do altíssimo custo que estas poderiam representar.

Para o setor e a modalidade de contratação ora analisados, a opção do Estado está entre prestar o serviço diretamente ou concedê-lo a particular que tenha melhores condições técnicas de executá-lo. À primeira vista, pode parecer que o melhor é, de fato, concedê-lo ao particular. Entretanto, deve-se garantir que tal opção não acabe saindo mais onerosa do que seria a prestação direta, justificando, assim, a não contratação.

Para a análise proposta, conforme explicitado no capítulo anterior, foram definidos como elementos de análise de custos aqueles decorrentes da atividade regulatória, ou seja, o custo incorrido pelo Poder Público quando realização da transação, e os custos da execução do serviço, vale dizer, os custos associados à empresa.

6.3.3.1 Custos regulatórios

Para os custos de regulação, tem-se que, dentre os quatro elementos utilizados para a sua avaliação, apenas os custos relativos à seleção adversa apresentaram resultados favoráveis, caracterizando-se como baixos. Os demais, conforme já se tratou ao longo dos pontos anteriormente discutidos, foram avaliados como altos, apresentando uma quantidade considerável de impactos negativos.

No que tange aos custos de monitoramento, verifica-se que estes concentram a maior quantidade de impactos negativos de todos os elementos contratuais analisados, sendo vinte e quatro os itens avaliados negativamente. Destaca-se que, destes, metade foi valorada como de impacto -3 e, por outro lado, não existe qualquer disposição contratual de alto impacto positivo (+3) sobre os custos em questão. Bem assim, é interessante observar que os impactos negativos superam em seis vezes os positivos, o que denota que o contrato sob exame tem estrutura bastante custosa em relação à

necessidade de monitoramento e às características dos mecanismos que dele fazem parte.

Tal resultado é bastante previsível haja vista que, conforme se verificou na análise dos pontos anteriormente debatidos, aos mecanismos de monitoramento foi atribuída a função de garantir os objetivos finalísticos do planejamento, bem como de reduzir a maior parte dos riscos morais. Sendo assim, necessitam de estruturação complexa e minuciosa que acaba por elevar o custo regulatório do Poder Público. Questão a ser considerada, então, é quanto à validade da utilização desses mecanismos assaz custosos, se não há qualquer outra construção contratual que corrobore a sua atuação.

Com efeito, quando se tem mecanismos isolados, corre-se sempre o risco de que estes não tenham o desempenho esperado e, quando eles são de alto custo, tem-se criada uma falha na estrutura de governança. Isso porque, além dos custos associados à própria estrutura de monitoramento, haverá ainda outros aos quais se dará causa, como aqueles decorrentes de conflitos resultantes da inexecução contratual. Sendo assim, é possível questionar se melhor não seria reduzir o monitoramento da estrutura e arcar apenas com os demais custos, do que com todos concomitantemente.

O elemento seguinte, custo de resolução de conflitos, da forma como está especificado contratualmente, apresenta-se também bastante alto. Nos termos discutidos na seção anterior, o contrato em questão não tem a sua construção voltada para a redução dos conflitos, nem tampouco estabelece formas alternativas, menos dispendiosas, para a sua resolução. Acredita-se, entretanto, que, com as alterações sugeridas, especialmente a inclusão do compromisso arbitral, possa haver substancial diminuição desses custos.

Deve ser ressaltado, todavia, que mesmo com a utilização de mecanismos alternativos à intervenção judicial como a conciliação e arbitragem, há ainda uma série de custos associados aos conflitos eventualmente surgidos, destacando-se aqueles relativos à prestação dos serviços em desacordo com o planejamento realizado (e até eventual paralisação). Dessa forma, afora a hipótese de que o contrato esteja muito bem especificado, com a intenção deliberada de evitar tais conflitos, não se considera que esses custos possam ser avaliados como baixos. No caso do TRIP e, sobretudo considerando o contexto da delegação dos serviços, acredita-se que custos medianos possam ser considerados um resultado satisfatório.

O terceiro elemento de custo regulatório a ser avaliado é aquele associado ao risco moral. Este, por se referir tanto a situações em que há dificuldades no monitoramento da conduta dos agentes, quanto àquelas pertinentes a conflitos de interesses, está bastante relacionado com os custos já mencionados acima. Assim, dos vinte e quatro itens que exercem impactos negativos sobre os custos de monitoramento, quinze influenciam negativamente também o risco moral, e quatro, por tratarem de mecanismos que aumentam a qualidade do monitoramento, exercem impactos positivos sobre aquela espécie de comportamento oportunista. Com relação aos custos decorrentes de resolução de conflitos, a situação é bastante semelhante. Dentre os vinte e dois itens que impactam negativamente esses custos, quatorze exercem o mesmo efeito sobre os custos associados ao risco moral.

Como se constata, novamente se tem uma estrutura bastante custosa. Como vantagens decorrentes da característica acima descrita, no entanto, pode se observar que pelo menos onze itens¹² estão contidos na interseção entre esses três elementos de custo, de modo que uma alteração ocorrida em qualquer deles, terá como resultados redução de custos em três esferas diferentes. Vale ressaltar que muitos desses itens já foram objeto de consideração nas discussões anteriores, notadamente aqueles que se referem ao menor valor da tarifa do serviço, ao regime dos serviços acessórios e à existência de proporção entre as tarifas do serviço regular e serviços diferenciados.

6.3.3.2 Custos das empresas na execução dos serviços

Além dos elementos acima, que compõem o custo regulatório, tem-se a considerar também o custo empresarial na execução do serviço. Tendo em vista que a redução dos custos de transação deve passar pelo alinhamento de objetivos entre as partes, de modo que custos acentuados nesse aspecto devem ser compensados, essa passa ser questão central na análise pretendida.

O contrato do TRIP pode ser considerado bastante razoável nesse ponto. Embora não haja grande quantidade de cláusulas que estimulem a redução dos custos relativos à execução do serviço, os impactos negativos exercidos sobre eles também não são substanciais. Conforme é possível verificar da matriz de sistematização da análise,

¹² Itens n.º 1, 9, 10, 14, 17, 18, 19, 20, 21, 24 e 31.

quinze são os itens com impactos negativos sobre os custos da empresa, sendo que, desses, sete têm impactos bastante suaves. Como seria de se esperar, os que exercem impactos mais severos dizem respeito aos blocos temáticos de nível do serviço e controle do serviço, além do item que trata dos riscos contratuais atribuídos à empresa operadora.

O que se verifica, assim, é que as estruturas mais onerosas para a execução do serviço são aquelas que estabelecem mecanismos de monitoramento da empresa, os quais demandam investimentos tanto em equipamento a ser por ela adquirido, quanto em adequações procedimentais. Esses são elementos bastante importantes dentro da estrutura divisada e com muitos benefícios a eles associados, o que justifica a sua manutenção na forma como foram estabelecidos.

Impossibilitada, então, a redução dos custos empresariais pela alteração ou retirada de cláusulas, passa-se à questão da utilização de mecanismos compensatórios. Como se viu anteriormente, quando da discussão acerca do risco moral no contrato ora examinado foram levadas em consideração aquelas cláusulas contratuais que estabelecessem especificações desvantajosas para a empresa operadora. Dentre essas, estavam aquelas que de alguma forma lhe impusessem limitações de receitas ou que aumentassem os custos por ela suportados. Dessa maneira, entende-se que o ponto referente à compensação de custos elevados na execução do contrato estaria compreendido nos mecanismos de redução de risco moral já analisados, e nas alterações sugeridas para aquele ponto.

6.3.4 Tópicos conclusivos

A análise do contrato em questão permitiu evidenciar algumas características da estrutura de governança a ele associada que podem, ou não, ter sido resultado de uma ação deliberada dos seus elaboradores.

Verificou-se que o foco da estrutura em questão foi a redução dos custos associados à seleção adversa e que, para tanto, não foram poupados custos de monitoramento. Bem assim, confiou-se quase que integralmente nesses mecanismos para a redução de risco

moral e consecução dos objetivos finalísticos do planejamento em transporte, que, nessa estrutura, acabaram por ter pouco destaque¹³.

Ademais, conquanto os custos de monitoramento possam ter sido considerados durante a elaboração da estrutura, sendo possível ter-se chegado à conclusão de que a sua elevação é justificada pelos benefícios apresentados; não se encontrou evidências de que os demais elementos visualizados nesta análise para a aferição do custo regulatório tenham sido objeto de qualquer preocupação.

Partindo dessas características, percebe-se que os custos encontrados para a estrutura de governança examinada são bastante altos, o que leva a acreditar que aquela não está apta a atingir os seus objetivos.

Algumas alterações foram propostas e outros pontos debatidos sem que se fosse possível propor qualquer alteração, na tentativa de reduzir os custos identificados e sugerir uma estrutura mais eficiente. Não se sabe, todavia, se tais alterações serão capazes de fazer com que a estrutura de governança atinja plenamente a sua vocação para a redução dos custos de transação.

Conforme alerta Williamson, na busca pela identificação da estrutura mais adequada às características da transação, só é possível contar com a avaliação comparativa. Desse modo, a única afirmação que se pode fazer é que, dado o conhecimento angariado neste trabalho acerca do sistema, acredita-se que as alterações propostas poderão representar um acréscimo de eficiência à estrutura então divisada.

¹³ Deve-se ter em mente que tal conclusão resulta da análise do contrato com a utilização dos objetivos finalísticos do planejamento em transporte, que foram, neste trabalho, considerados como os mais adequados. Isso porque busca-se construir um conceito de utilização do contrato como instrumento de planejamento e, assim, objetivos de planejamento foram utilizados.

7. CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES

O presente trabalho buscou trazer para análise dos contratos de delegação do serviço de transporte coletivo público o entendimento de que este constitui um importante instrumento de planejamento estratégico, devendo ser incorporado em suas etapas.

Isso porque, o contrato, como mecanismo jurídico de condicionamento voluntário de comportamentos, serve, em um processo de planejamento, à mobilização dos diversos atores envolvidos, propiciando a redução de incertezas comportamentais que exerceriam influência sobre o sucesso ou fracasso do planejamento.

Adota-se, nessa discussão, alguns dos fundamentos do Planejamento Estratégico Situacional - PES, segundo a qual o planejamento se desenvolve em ambiente de constantes alterações, influenciadas pelas ações dos diversos agentes que compõem a sociedade. Assim, tal característica deve ser considerada central em quaisquer planos ou estratégias criados no intuito de se planejar algum objeto.

Dessa forma, o contrato deve ser elaborado e analisado sob aspectos de eficiência, em oposição à sua construção apenas em termos jurídicos, pois, se o que se busca é conduzir acontecimentos a um determinado desfecho, o instrumento utilizado deve ser efetivamente capaz de fazê-lo.

Nesse sentido, buscou-se trabalhar com as teorias da Nova Economia das Instituições, que trazem esse enfoque de eficiência aos contratos, tratando-os como os principais mecanismos de regência das transações econômicas, a fim de economizar em custos de transação. Tais custos podem ser entendidos como aqueles decorrentes de especificidades da transação que complicam a sua realização, como assimetria de informações entre os agentes; dificuldades na transmissão de informações essenciais; duração e/ou recorrência da transação, sujeitando-a a incertezas ambientais; dentre outras. A essas características, somam-se aquelas relativas aos agentes; desde como estes processarão as informações recebidas, até como se comportarão em situações consideradas adversas.

Dessa forma, a análise contratual deve ser realizada considerando os aspectos acima mencionados e deve ter como objetivo reduzir os custos deles decorrentes;

apresentando-se, desse modo, como um problema de adaptação às características transacionais.

Considerando, então, as características do objeto de estudo, buscou-se aportes da Teoria de Agência, que examina o problema criado pela separação entre propriedade e gestão de recursos. Para essa teoria, contratos bem estruturados em termos de incentivos constituiriam a solução para garantir que o gestor (agente) empreenda ações favoráveis aos interesses do proprietário (principal), por meio do alinhamento de interesses/objetivos.

Ainda no tema da eficiência contratual, o presente estudo adotou conceitos da Economia dos Custos de Transação, evolução da discussão travada pela Nova Economia das Instituições, proposta por Oliver Williamson (1985). Nesta, o contrato é considerado em sua dimensão intertemporal, trazendo-se para a análise todas as incertezas ambientais e comportamentais a que ele está sujeito, e discutindo as estruturas apropriadas para que se mantenha os custos de transação ao mínimo durante toda a execução contratual.

A fim de examinar as transações sob esse aspecto, a Economia dos Custos de Transação recomenda que se tenha como objeto de análise todas as escolhas associadas à realização da transação, desde características a ela atribuídas pelas partes, até os mecanismos de adaptação acima discutidos, conjunto por ela entendido como estrutura de governança.

Tomando por base as teorias mencionadas, o presente trabalho sugere que cada objetivo, meta ou estratégia concebidos em um planejamento, será um elemento da estrutura de governança. Dessa forma, exercerá determinado impacto sobre a maneira como se desenrolará a execução contratual, de forma que a construção do contrato, e de suas especificações, deve ser pensada a cada etapa de planejamento desenvolvida.

Com o objetivo de demonstrar como a execução contratual e, portanto, o planejamento pode ser influenciado a partir da estrutura de governança traduzida em um contrato, este trabalho propõe um estudo de caso, utilizando-se o contrato de permissão elaborado em exercício acadêmico para o Transporte Rodoviário Interestadual de Passageiros, cuja licitação ainda não foi realizada.

Para tanto, buscou-se uma maneira de sistematizar as cláusulas contratuais de forma a facilitar a visualização dos efeitos que estas poderiam surtir sobre os objetivos do planejador e do principal ator envolvido nesse caso, qual seja, o operador de transportes. Foi, então, elaborada uma matriz de sistematização que permitisse identificar os impactos positivos e negativos, em três graus distintos, sobre os objetivos das partes contratantes, obtendo-se, ao final, um mapa de relações e impactos entre as cláusulas.

A sistematização proposta permitiu identificar sobre quais objetivos se teria excesso de estímulos em prejuízo de outros, quais deles foram preteridos na disposição das cláusulas contratuais e quais se apresentaram mais custosos, além de permitir avaliar os benefícios trazidos por uma determinada especificação.

Os resultados obtidos confirmaram a ausência de correlação entre as cláusulas contratuais e o planejamento realizado, haja vista que, dos diversos elementos utilizados para a determinação dos objetivos das partes, apenas um apresentou consistentemente impactos positivos direcionados à sua concretização.

Há que se salientar o fato de que a análise realizada não constituiu o objeto central deste trabalho e, tendo em vista as limitações de tempo impostas, foi estruturada para evidenciar as características contratuais mais marcantes. Acredita-se, no entanto, que muitas outras relações podem ainda ser extraídas da matriz de sistematização elaborada.

Ademais, considerando o motivo exposto acima, não houve uma preocupação mais acirrada com o aprofundamento acerca de técnicas e ferramentas de análise de dados na construção da matriz em questão.

Para a complementação deste trabalho, seguem, portanto, como recomendações a trabalhos futuros:

- O aprimoramento da sistematização realizada, com a utilização de ferramentas e classificações já debatidas e testadas na comunidade científica;
- A identificação de objetivos mais adequados às finalidades específicas do órgão contratante, bem como a consideração de elementos complementares ao lucro, para os objetivos das empresas;
- A identificação e inserção, na análise, de outros atores envolvidos.

A despeito das limitações observadas, considera-se que esta dissertação contribui de forma decisiva para o desenvolvimento da pesquisa na área de transportes, notadamente no que se refere ao planejamento, ao trazer para a discussão temas debatidos na fronteira do conhecimento nas áreas de Economia e Organizações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres (2008) *Anuário Estatístico 2008 (Ano Base 2007): Transporte Rodoviário Interestadual e Internacional Coletivo de Passageiros*. Disponível em: <<http://www.antt.gov.br/passageiro/anuarios/anuario2008/default.asp>> Acesso em: 13 mar. 2010.
- _____ (2008) Resultados da Ouvidoria 2008: relatório anual. Disponível em: <<http://www.antt.gov.br/ouvidoria/RelatorioANUAL2008.pdf>> Acesso em: 27 mar. 2010.
- _____ (2008) Projeto da Rede Nacional de Transporte Rodoviário Interestadual de Passageiros: Documento Base – Referenciais do Projeto. Disponível em: <<http://www.antt.gov.br/acpublicas/CPublica2008-01/V2/DocumentoBase.pdf>> Acesso em: 13 jul. 2010.
- ARAGÃO, A. S. (2008) *Direito dos Serviços Públicos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense.
- ARAGÃO, J. J. G., MORAIS, A. C., DIAS, F. A. O. P., MARTINS, F. G. D., HOLANDA J. F., PORFÍRIO, M., CÂMARA, M. T. (2005) *Parceria Público-Privada: procedimento de avaliação qualitativa de riscos como ferramenta para desenho de contratos*. Anais do XIX Anpet, Recife, v. 1, p. 132-143.
- ARAÚJO, E. N. (2005) *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva.
- AZEREDO, T. M. A. (2007) *A relação de agência na ótica da nova economia institucional*. Revista Senac, v. 3, p. 2.
- BRASIL (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 18 fev. 2010.
- _____ (1995) *Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987cons.htm> Acesso em: 15 fev. 2010).
- _____ (1998) *Decreto n.º 2.521 de 20 de março de 1998*. Dispõe sobre a exploração, mediante permissão e autorização, de serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2521.htm> Acesso em: 10 fev. 2010.

- _____ (2001) *Lei n.º 10.233, de 5 de junho de 2001*. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10233.htm> Acesso em: 10 fev. 2010.
- BAKER, G. P. (1992) *Contracts and Performance Measures*. The Journal of Political Economy, v. 100, n.º 3, p. 598-614.
- BANDEIRA DE MELLO, C. A. (2009) *Curso de Direito Administrativo*. 26^o ed. São Paulo: Malheiros.
- BRASILEIRO, A., ARAGAO, J. J. G., SANTOS, E. M.; LIMA NETO, O., ORRICO FILHO, R. D., SENNA, J. M. (2001) *Transportes no Brasil: História e Reflexões*. 1. ed. Brasília: Empresa Brasileira de Planejamento de Transportes - GEIPOT.
- CARLI, V. M. I. (org.) (2005) *Teoria e Direito das Obrigações Contratuais: uma nova visão das relações econômicas de acordo com os códigos civil e consumidor*. Campinas: Bookseller.
- CARVALHO, C. A., SILVA, J. E., MURTA, J. L. B., SANTOS L. S. (2007) *A importância da avaliação do transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros através dos critérios de qualidade priorizados pelos clientes*. Revista Engenharia, n.º 584. Disponível em <http://www.brasilengenharia.com.br/ed/584/Artigo_transporte.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2010.
- CARVALHO FILHO, J. S. (2007) *Manual de Direito Administrativo*. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- CEFTRU (2007) *Relatório da base de fundamentos e critérios para a avaliação, aperfeiçoamento e desenvolvimento de indicadores*. Convênio MT/ 2005. Metodologia integrada de suporte ao planejamento, acompanhamento e avaliação dos programas de transportes, do Plano Plurianual 2004/2007, no âmbito do Ministério dos Transportes, como elemento de auxílio à gestão da política de transportes. Ministério dos Transportes, UnB, Ceftru, Brasília.
- CNT – Confederação Nacional do Transporte (2009) *Boletim Estatístico CNT 2009*. Disponível em: <<http://www.cnt.org.br/Imagens%20CNT/PDFs%20CNT/Boletim%20Estatístico/BoletimEstatistico.2009.pdf>> Acesso em: 05 mar. 2010.

- COASE, R. (1937) *The nature of the firm*. *Economica N. S.*, v. 4, n.º 16, p. 386-405.
- _____. (1960) *The problem of social cost*. *Journal of Law and Economics*, v. 3, p. 1-44.
- CONTADOR, C. (2007) *Economia do seguro: fundamentos e aplicações*. São Paulo: Atlas.
- COOTER, R. e ULEN, T. (1998) *Law and Economics*. United States: Harper Collins Publishers.
- CRUZ, R. O. M., CÂMARA, M. T., CARVALHO, W. L., ARAGÃO J. J. G. (2009) *Transporte Escolar Rural: que serviço estamos regulando?* In: XXIII Anpet – Congresso de Ensino e Pesquisa em Transportes, 23, Vitória. *Anais*... Vitória: ANPET, 2009. 1 CD-ROM.
- CUNHA, D. S. (2007) *A nova força obrigatória dos contratos*. Em MARQUES, C. L. (Org.) *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: RT.
- DE TONI, J. (2004) *O que é o planejamento estratégico situacional?* *Revista Espaço Acadêmico*, n.º 32, jan. Disponível em: <<http://www.espacoacademico.com.br/032/32ctoni.htm>>. Acesso em: 22 mai. 2010.
- GAGLIANO, P. S. e PAMPLONA FILHO, R. (2008) *Novo curso de direito civil, volume IV: contratos, tomo 1: teoria geral*. 4 ed. São Paulo: Saraiva.
- GALINDO, E. P. (2009) *Análise comparativa do entendimento do transporte como objeto do planejamento*. Dissertação (Mestrado). UnB, Brasília.
- GOMES, O. (2007) *Contratos*. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense.
- GÜELL, J. M. F. (2006) *Planificación Estratégica de Ciudades*. Barcelona: Editorial Reverté.
- HENTZ, A. S. (2007) *Origem e evolução histórica da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1541, 20 set. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10427>>. Acesso em: 20 jun. 2010.
- IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2009) *Pesquisa Anual de Serviços, suplemento 2006-2007*. IBGE, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/comercioeservico/pas/pas2007_suple_prod_serv/suplemento_analise.pdf> Acesso em: 12 fev. 2010.
- JENSEN, M. C., MECKLING, W. H. (1976) *Theory of the Firm: Managerial Behaviour, Agency Costs and Ownership Structure*. *Journal of Financial Economics*, v. 3, n.º 4, p. 305-360.

- JUSTEN FILHO, M. (2009) *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva.
- KATZ, A. W. (2005) *Contractual incompleteness: a transactional perspective*. *Case Western Reserve Law Review*, v. 56, p. 169-186.
- KLEIN, B. (1996) *Why hold-up occurs: the self-enforcing range of contractual relationships*. *Economic Inquiry*, v. 34, p. 444-463.
- KOLBL, R.; NIEGL, M.; KNOFLACHER, H. (2008) *A strategic planning methodology*. *Transport Policy*, v. 15, p. 273–282.
- KOTOWITZ, Y. (2008) *Moral hazard*. *The New Palgrave: dictionary of economics*. 2ª ed. New York: Palgrave MacMillan.
- LYONS, B. R. (1996) *Empirical relevance of efficient contract theory: the inter-firm contracts*. *Oxford Review of Economic Policy*, v. 12, n. 4, p. 27-52.
- MACDONALD, R. K. (1998) *Wildlife compensation: a policy analysis*. Dissertação (Mestrado). Simon Fraser University, Burnaby, Canada.
- MAGALHÃES, M. T. Q., YAMASHITA, Y. (2009) *Repensando o Planejamento*. Texto para Discussão nº 4. Ceftru/UnB, Brasília.
- MARQUES, C. L. (2002) *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- MARTINS, F. G. D. (2004) *Transporte Rodoviário Interestadual e Internacional de Passageiros: regulação e concentração econômica*. Monografia (Especialização em Controle da Regulação de Serviços Públicos Concedidos). Tribunal de Contas da União, Instituto Serzedello Corrêa, Brasília.
- MATA, J. (2010) *Economia da empresa*. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- MATUS, C. (1997) *Política, planejamento e governo*. 3ª ed. Brasília: IPEA.
- MEIRELLES, H. L. (2005) *Direito administrativo brasileiro*. 30 ed., atual. São Paulo: Malheiros.
- MIGLIATO, A. L. T.; ESCRIVÃO FILHO, E. (2003) *Metodologias do planejamento estratégico empresarial e do situacional: Deficiências, comparações e contribuições*. Anais do I Encontro de Estudos em Estratégia. Curitiba: ANPAD.
- MIRAGEM, B. (2007) *Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais*. Em MARQUES, C. L. (Org.) *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: RT.
- MIRLEES, J. A. (1976) *The Optimal Structure of Incentives and Authority within an Organization*. *The Bell Journal of Economics*, v. 7, n.º 1, p. 105-131.

- MORAIS, L. E. (2008) *Risco regulatório sob a ótica da Nova Economia Institucional: uma abordagem para o setor de telecomunicações brasileiro*. Dissertação (Mestrado). UnB, Brasília.
- MORLOK, E. K. (1978) *Introduction to Transportation Engineering and Planning*. New York: McGraw Hill.
- MUKAI, T. (2009) *Licitações e contratos públicos*. 8ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva.
- MUELLER, B. (2005) *Direitos de propriedade na nova economia das instituições e em direito & economia*. Em ZYLBERSZTAJN, D. e SZTAJN, R. *Direito e Economia: análise econômica do Direito e das Organizações*. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier.
- NETTO LÔBO, P. L. (1995) *Contratos e mudança social*. Revista Forense n.º 722, p.40-45.
- NÓBREGA, M. (2009) *Contratos incompletos e infra-estrutura: contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 18, maio/junho/julho. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-18-MAIO-2009-MARCOS-NOBREGA.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2010.
- NORTH, D. C. (1990) *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. New York: Cambridge University Press.
- PETERSEN, T. (1993) *Recent Developments in: The Economics of Organization: The Principal-Agent Relationship*. Acta Sociologica, v. 36, n.º 3, p. 277-293.
- PINHEIRO, A. C. e SADDI, J.(2005) *Direito, economia e mercados*. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier.
- PINTO JR., H. Q. e PIRES, M. C. P. (2000) *Assimetria de informações e problemas regulatórios*. ANP, Nota Técnica n.º 9, fev.
- ROBERTS, J. (2010) *Designing Incentives in organizations*. Journal of Institutional Economics, v. 6, n.º 1, p. 125-132.
- ROPPO, E. (2009) *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Edições Almedina.
- ROSS, S. A. (1973) *The Economic Theory of Agency: The Principal's Problem*. American Economic Review, 63, n.º 2, p. 134-139.

- SAGER, T. (2003) *Rationality types in evaluation techniques: the Planning Balance Sheet and the Goals Achievement Matrix*. European Journal of Spatial Development, Refereed articles Jan. 2003 – n.º 2.
- SANTOS, R. T. (2004) *Análise econômica de contratos: elementos para discussão em setores de infra-estrutura*. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, v. 11, n.º 21, p. 233-254, jun.
- STANCIOLI, A. E. (2002) *Incentivos e risco moral nos planos de saúde no Brasil*. Dissertação (Mestrado). USP, São Paulo.
- STEPHEN, F. H. (1993) *Teoria Econômica do Direito*. Tradução de Neusa Vitale. São Paulo: Makron Books.
- TANCREDI, F. B.; BARRIOS, S. R. L.; FERREIRA, J. H. G. (1998). *Planejamento em Saúde*. Série Saúde & Cidadania, vol. 2. Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <http://bases.bireme.br/bvs/sp/P/pdf/saudcid/vol2_00.pdf>. Acesso em: 05 mai. 2010.
- VARIAN, H. R. (2003) *Microeconomia: princípios básicos*. Tradução [da 6ª ed. original] de Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Campus.
- VENOSA, S. S. (2009) *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 9 ed. São Paulo: Atlas.
- VERLEUN, J. A. G. (2008) *A teoria do consumidor e a teoria dos incentivos aplicadas a um plano de carreiras do serviço público brasileiro: uma abordagem sucinta*. XIII Congresso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Buenos Aires, Argentina, 4 - 7 nov.
- WILLIAMSON, O. E. (1985) *The Economic Institutions of Capitalism*. New York: The Free Press.
- _____ (1988) *Corporate Finance and Corporate Governance*. The Journal of Finance, v. 43, nº 3, p. 567-591.
- _____ (1998) *Transaction Cost Economics: How it works; Where it is headed*. De Economist, v. 146, n.º 1, p. 23-58.
- _____ (2005) *Por que Direito, Economia e Organizações?* Em ZYLBERSZTAJN, D. e SZTAJN, R. *Direito e Economia: análise econômica do Direito e das Organizações*. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier.
- WILSON, C. (2008) *Adverse Selection*. The New Palgrave: dictionary of economics. 2ª ed. New York: Palgrave MacMillan.

- ZYLBERSZTAJN, D. e SZTAJN, R. (2005a) *A Economia e o direito de propriedade*. Em ZYLBERSZTAJN, D. e SZTAJN, R. *Direito e Economia: análise econômica do Direito e das Organizações*. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier.
- _____ (2005b) *Economia dos contratos: a natureza contratual das firmas*. Em ZYLBERSZTAJN, D. e SZTAJN, R. *Direito e Economia: análise econômica do Direito e das Organizações*. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier.

ANEXOS

ANEXO I - GLOSSÁRIO

Objetivos Finalísticos

Eficácia do transporte: É a propriedade do transporte quando este atende aos requisitos de integridade do objeto, tempestividade e assertividade.

Tempestividade: É a propriedade do transporte que é iniciado e finalizado no momento pactuado, contratado.

Integridade do objeto: É a propriedade do transporte que não acarreta em danos ou perdas.

Assertividade: É a propriedade do transporte que indica que o objeto de transporte chegou ao destino estabelecido.

Mobilidade: É a propriedade do objeto que pode ser transportado.

Acessibilidade do Meio pelo Objeto: É a propriedade do meio que pode transportar o objeto. São condicionantes desta acessibilidade: a capacidade física do meio, a compatibilidade do meio com o objeto e a disponibilidade espacial do meio.

Compatibilidade do meio com o objeto: É a conformidade das propriedades do meio com as do objeto (tipo de carga ou passageiro).

Disponibilidade espacial do meio: É a existência de uma ligação entre o local onde está o objeto de transporte e o destino desejado. Esta ligação existe quando há infra-estruturas, equipamentos e serviços de transporte disponíveis;

Acessibilidade do Meio pelo Sujeito: É a propriedade do meio que pode ser acionado pelo sujeito. São condicionantes desta acessibilidade: a capacidade financeira do sujeito e a disponibilidade temporal do meio;

Capacidade Financeira do Sujeito: É a posse, por parte do sujeito, de recursos financeiros suficientes para acionar o sistema de transporte;

Disponibilidade Temporal do Meio: É a existência de serviços de transporte no momento em que o sujeito necessita. Compreende dois fatores: a continuidade do serviço e a recorrência do serviço.

Eficiência do Transporte: É a propriedade do transporte quando é eficaz e produzido com o mínimo de insumos e externalidades negativas. São condições para a eficiência do transporte: a eficiência de mercado e a eficiência de produção.

Eficiência de Mercado: É a propriedade do mercado de transporte quando este oferece: competitividade de preços, opções de serviços de transporte, equilíbrio entre oferta e demanda, grau de competição na estrutura de mercado.

Grau de Competição no Mercado: É a competitividade do mercado, determinada pela existência de concorrentes para o mesmo serviço, pelo nível de concentração do mercado e barreiras de entrada e saída;

Equilíbrio entre oferta e demanda: É a correspondência entre a demanda potencial e a oferta dos serviços de transporte.

Competitividade do Preço do Serviço de Transporte: É a propriedade do preço que é atrativo e vantajoso para a competição comercial dos serviços de transporte;

Eficiência na Produção: É a propriedade do sistema de transporte quando este apresenta, para os mesmos resultados, custos mínimos de produção do transporte. Estes custos se decompõem em: custos dos serviços de transporte, custos de infra-estrutura e externalidades negativas.

Externalidades ao Meio Ambiente: São resultados não-desejados do processo de produção do transporte e que afetam as condições ambientais. Incluem-se as emissões de resíduo e uso de recursos não-renováveis.

Custo Regulatório: Diz respeito aos custos incorridos pelo Poder Público na atividade de regulação econômica do serviço. Engloba os custos de monitoramento do serviço, os custos decorrente de eventual seleção adversa, os custos decorrentes do risco moral e os custos incidentes sobre a resolução de conflitos eventualmente surgidos.

Seleção adversa: É a seleção ineficiente de determinado prestador de serviço, decorrente do desconhecimento, pelo Poder Público, do verdadeiro perfil dos agentes privados que competem pela efetivação do contrato.

Risco moral: É a tendência do prestador de serviços em se comportar de maneira ineficiente após a assinatura do contrato, como resultado de uma situação de assimetria informacional.

Lucro: É a diferença entre as receitas auferidas pela empresa e os custos por ela incorridos. Constitui a parcela remuneratória do particular pela prestação dos serviços.

Receita: É a entrada de elementos para o ativo da empresa, em dinheiro ou direitos a receber, correspondentes à prestação do serviço de transporte.

Custos: São custos da produção do serviço de transporte. Incluem-se: o consumo energético; custos de insumos, de serviços de suporte e equipamentos; tributos e tempo.

ANEXO II – RELAÇÃO DE CLÁUSULAS UTILIZADAS PARA O ESTUDO DE CASO

I - Preço

1. Esta Licitação será do tipo menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado.
2. O menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado será julgado em função do coeficiente tarifário do serviço convencional com sanitário em piso pavimentado, oferecido para o Lote.
3. A Licitante arcará com todos os custos relacionados com a preparação e a apresentação de sua proposta, não sendo a ANTT, em nenhuma hipótese, responsável por tais custos, quaisquer que sejam os procedimentos seguidos na Licitação ou os seus resultados.
4. As tarifas de pedágio, quando existirem no itinerário da linha, serão repassadas aos passageiros, conforme resolução da ANTT.
5. Para elaboração da Proposta de Valor Tarifário, a Licitante deverá considerar todos os itens de custo necessários à prestação dos serviços de transporte regular rodoviário coletivo interestadual de passageiros e, ainda, as gratuidades e os descontos previstos pela legislação.
6. A Licitante deverá considerar na sua Proposta de Valor Tarifário exclusivamente as receitas provenientes do transporte rodoviário coletivo regular interestadual de passageiros, em serviço do tipo convencional com sanitário em piso pavimentado, relacionado às ligações do Lote objeto deste Edital.
7. A(s) Licitante (s) vencedora (s) responsabilizar-se-á(ão) por todas as despesas oriundas dos compromissos por ela assumidos em decorrência desta Licitação, tais como seguros, taxas e impostos, assim como tudo que for necessário ao fiel cumprimento do contrato.

8. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.
9. As receitas necessárias para o cumprimento dos encargos da permissão e para remunerar a Permissionária advirão da cobrança de tarifa dos passageiros, e de outras provenientes de serviços acessórios, desde que devidamente autorizadas pela ANTT
10. A diferença percentual oferecida em relação à tarifa máxima indicativa para o serviço convencional com sanitário deverá ser aplicada a todos os coeficientes tarifários dos diferentes tipos de piso eventualmente existentes ao longo do itinerário, às tarifas dos serviços diferenciados oferecidos pela Permissionária e às tarifas praticadas nas seções secundárias autorizadas pela ANTT.

As tarifas poderão ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários, conforme os limites autorizados em regulamentação pela ANTT.

11. A ocorrência de demanda distinta da prevista no projeto básico da linha ou nos estudos realizados pela empresa ou consórcio não constitui motivo de reajuste ou de revisão de tarifas.

Alterações de demanda decorrentes da evolução do mercado, da concorrência por parte de outras operadoras do transporte rodoviário ou, ainda, de outros modos de transporte de passageiros são consideradas riscos de demanda e devem ser absorvidos pelas Permissionárias.

12. É vedado estabelecer privilégios tarifários que beneficiem segmentos específicos de usuários, exceto no cumprimento de lei.
13. O Coeficiente Tarifário das linhas que compõem o Lote será reajustado anualmente, de acordo com a variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA,

calculado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, ou outro que venha a ser definido em sua substituição, em caso de sua extinção.

14. A Permissionária poderá ofertar tarifas promocionais, nos termos de Resolução da ANTT.

Art. 1º As empresas permissionárias poderão estabelecer tarifas promocionais diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos usuários.

§ 1º Observado o disposto no caput deste artigo, as empresas poderão ofertar tarifas promocionais em horários específicos, não sendo obrigatório o oferecimento de igual promoção em todas as poltronas disponibilizadas na mesma viagem.

§ 2º A promoção deve ser oferecida, nas mesmas condições, em todas as seções da linha.

Art. 2º A inscrição “Tarifa Promocional” deverá constar, em destaque, nos bilhetes de passagem.

§ 1º As condições de uso do bilhete adquirido a preço promocional devem ser apresentadas ou, caso haja solicitação, entregues aos passageiros, no momento da compra do bilhete de passagem.

§ 2º As empresas deverão divulgar, para cada tarifa promocional, a linha, os horários, o número de lugares ofertados, a vigência e as condições de uso do bilhete adquirido a preço promocional.

Art. 3º As permissionárias deverão comunicar à ANTT o período de vigência das tarifas promocionais, a linha, os horários, a quantidade de assentos ofertados e os respectivos percentuais de desconto:

I - com antecedência mínima de cinco dias:

- a) no caso de descontos superiores a 50% da tarifa máxima autorizada pela ANTT; ou
- b) no caso de descontos com período de vigência maior que 30 dias contínuos.

II - em até 48 horas após o início da promoção:

- a) no caso de descontos iguais ou inferiores a 50% da tarifa máxima autorizada pela ANTT; ou

b) no caso de descontos com período de vigência menor que 30 dias contínuos.

§ 1º A vigência da promoção poderá ser prorrogada, desde que comunicada à ANTT antes do seu término.

§ 2º A promoção caracterizada conforme a alínea b do inciso I do art. 3º poderá ser alterada ou cancelada durante o período de vigência, desde que comunicada à ANTT e aos usuários com 30 dias de antecedência.

§3º O usuário que desejar remarcar o bilhete adquirido com tarifa promocional se sujeitará às condições de comercialização estabelecidas pelas empresas permissionárias para a nova data de utilização.

Art. 4º A ANTT poderá vetar ou suspender, no todo ou em parte, a promoção, caso, a seu exclusivo juízo, identificar indícios da prática de concorrência predatória ou qualquer fato ou situação que caracterize infração à ordem econômica.

Art. 5º O § 3º do art. 4º da Resolução ANTT nº 978, de 25 de maio de 2005, passa a vigorar com a seguinte redação:

“§ 3º Quando a transportadora oferecer tarifa promocional, deverá constar no bilhete essa situação, mediante a aposição dos seguintes dizeres: ‘TARIFA PROMOCIONAL’.” (NR)

15. A tarifa contratual será revista, extraordinariamente, para mais ou para menos, nas seguintes hipóteses:

- criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, que comprovadamente impactem no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ressalvados os impostos sobre a renda;
- alteração unilateral do contrato, por parte do Poder Público, que afete o seu equilíbrio econômico-financeiro inicial;

A ANTT deverá restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato quando houver modificação unilateral que altere, comprovadamente, os encargos da Permissionária.

O Poder Público, quando comprovado o impacto no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, assume integral responsabilidade pelos riscos decorrentes de:

- alteração unilateral do contrato; e
- criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais após a apresentação da proposta, exceto os impostos sobre a renda, quando comprovado seu impacto adverso.

16. Não serão revistos parâmetros operacionais, nem itens de custo, bem como variações de demanda, ficando tais riscos a cargo da permissionária.

17. Os coeficientes tarifários usados nas diferentes categorias de serviço e nos diferentes tipos de piso deverão observar a seguinte relação máxima com o coeficiente tarifário do serviço convencional com sanitário em via pavimentada, conforme resolução da ANTT.

18. A Permissionária terá direito à apropriação dos custos diretos associados aos serviços geradores de receitas extraordinárias, desde que comprovados junto à ANTT, e a parcela de receitas líquidas auferidas com serviços acessórios, sendo 25% (vinte e cinco por cento) da arrecadação destinada à modicidade tarifária dos serviços prestados pela Permissionária.

Fica determinado como o valor mínimo a ser revertido à modicidade tarifária o percentual de 10% (dez por cento) da receita extraordinária bruta devendo ser aplicada a situação que representar a maior transferência para a modicidade tarifária.

19. Benefícios decorrentes da transferência de linhas, seja da empresa cedente ou cessionária, serão revertidos para a modicidade tarifária.

A ANTT realizará estudos para avaliar o impacto tarifário da transferência da(s) linha(s) na empresa cedente e na empresa cessionária.

Não será admitido na transferência de linha o aumento do coeficiente tarifário admitido para as operações da empresa cedente ou da empresa cessionária.

II - Oferta Do Serviço

20. A Permissionária deverá observar o Esquema Operacional e o Quadro de Horários autorizados para a linha, devendo as atualizações serem efetuadas conforme definido em resolução da ANTT, respeitada, no segundo caso, a frequência mínima estabelecida no Anexo XI.

As reduções de frequências mínimas contratuais só poderão ser efetuadas mediante anuência prévia, conforme Anexo XVI deste edital.

21. É obrigatória a operação do serviço convencional, com o uso de ônibus do tipo rodoviário com sanitário e pelo(s) itinerário(s) definido(s) no Anexo VII deste Contrato, com o objetivo de atender o mercado dos pontos terminais da linha, bem como as seções secundárias autorizadas, conforme frequência mínima de viagens estabelecidas no Anexo XI e em estrita observância às características técnicas e operacionais fixadas pela ANTT.

III - Nível Do Serviço

22. Serão desclassificadas as Licitantes que apresentarem esquema operacional em desacordo com o disposto na Resolução n.º 18 de 23 de maio de 2002, no que se refere a: (i) parada para lanche, refeição e descanso do motorista no eixo da rodovia; (ii) distância entre pontos de apoio e (iii) trocas de motoristas.

23. As medidas corretivas empreendidas pela Permissionária não a eximem de sofrer, quando for o caso, as sanções cabíveis.

24. A Permissionária deve prestar serviços adequados aos usuários durante toda a viagem, nos pontos de parada e de apoio, integrantes do esquema operacional.

25. Os índices, indicadores, padrões de referência, penalidades e incentivos poderão ser alterados pela ANTT, por meio de resolução específica, de forma a acompanhar a evolução dos serviços de transporte.
26. A ANTT avaliará, durante toda a vigência do contrato de permissão, os serviços prestados pelas empresas permissionárias, com base no sistema de avaliação de desempenho, conforme o Anexo XV do Edital de Licitação.

A partir da classificação obtida pela Permissionária, será ela enquadrada num plano de conseqüências. Cada classe de padrão receberá pontuação específica, de acordo com tabela abaixo, de forma que a pontuação total e parcial obtida em cada índice avaliado sirva como referência para a aplicação das penalidades ou incentivos especificados no plano de conseqüências.

Classe ótimo - 2 (dois) pontos positivos;

Classe bom - 1 (um) ponto positivo;

Classe regular - 0 (zero) pontos;

Classe ruim - 1 (um) ponto negativo;

Classe péssimo - 2 (dois) pontos negativos.

A Avaliação de Desempenho será considerada para a análise do lote das linhas operado pela Permissionária, sem descartar a avaliação de cada linha particular.

As multas – grupo 1, serão aplicadas sempre que a Permissionária apresentar os seguintes índices de desempenho:

Ruim, no Índice de Conforto;

Ruim, no Índice de Cortesia;

Ruim, no Índice de Higiene

Ruim, no Índice de Confiabilidade na Conclusão de Viagens;

Ruim, no Índice de Pontualidade;

Ruim, no Índice de Generalidade;

Ruim em regularidade, até a segunda ocorrência, por força do art. 25, § 1º, “c”, o Decreto 2.521/98.

As multas do grupo 1 serão aplicadas tanto para a verificação do conceito “Ruim” nos

índices relativos a uma linha específica da Permissionária, quanto para o conjunto de linhas que compõem o lote de linhas de responsabilidade da Permissionária.

As multas – grupo 2 serão aplicadas sempre que a Permissionária apresentar os seguintes índices de desempenho:

Péssimo, no Índice de Conforto;

Péssimo, no Índice de Cortesia;

Péssimo, no Índice de Higiene

Péssimo, no Índice de Confiabilidade na Conclusão de Viagens;

Péssimo, no Índice de Pontualidade;

Péssimo, no Índice de Generalidade;

As multas do grupo 2 serão aplicadas tanto para a verificação do conceito “Péssimo” nos índices relativos a uma linha específica da Permissionária, quanto para o conjunto de linhas que compõem o lote de linhas de responsabilidade da Permissionária.

Haverá a extinção da permissão por caducidade assim que a Permissionária alcançar, nas pontuações associadas aos padrões de referência do desempenho, um valor igual a - 6 (seis pontos negativos) nos seguintes Índices Específicos: Conforto, Cortesia, Higiene, Confiabilidade na Conclusão de Viagens, Pontualidade, Generalidade e Legalidade.

Haverá caducidade do contrato também para os casos em que o Índice de Regularidade assumir o padrão de referência “Péssimo” em qualquer avaliação mensal realizada, conforme Decreto 2.521/98 art.25, §1º, “b” ‘paralisar o serviço por mais de 15 dias consecutivos’ (ou seja IR=0), ou o padrão de referência “Ruim” em-3 (três) avaliações mensais consecutivas e art.25, §1º, “c” ‘executar menos da metade do número de frequência mínima, durante o período de 90 dias consecutivos ou alternados’ (IR < 5,0), ressalvadas os casos fortuitos e de força maior.

Para o Índice de Qualidade do Transporte – IQT, são estabelecidas penalidades e incentivos. Para o Índice de Desempenho Global, são estabelecidos apenas incentivos uma vez que, além do IQT, esse Índice considera os Índices de Segurança, Modicidade

Tarifária e Atualidade dos Veículos, considerados como de controle parcial por parte da empresa.

Haverá a extinção da permissão por caducidade assim que a Permissionária alcançar, nas pontuações associadas aos padrões de referência do desempenho, um valor igual a -4 (quatro pontos negativos) no Índice de Qualidade do Transporte.

A Permissionária obterá Certificado de Excelente Desempenho sempre que alcançar uma pontuação igual ou superior a +4 (quatro pontos positivos) no Índice de Qualidade do Transporte, ou uma pontuação igual ou superior +3 (três pontos positivos) no Índice de Desempenho Global, desde que não apresente quaisquer pontuações negativas para as linhas específicas do lote operado pela Permissionária. Esse certificado, quando conferido em razão da pontuação obtida no Índice de Desempenho Global, poderá ser utilizado como um dos critérios para priorização na escolha das Permissionárias que poderão operar linhas ou lotes, em caráter de emergência, nos período entre a caducidade do lote pela Permissionária antes responsável até a nova licitação do lote; ou um dos critérios para permitir que a Permissionária utilize as medidas de flexibilização da rede e da operação. Quando conferido em razão da pontuação obtida no Índice de Qualidade de Transporte ou no Índice de Desempenho Global, poderá ser utilizado como instrumento para publicidade, através de informativos da ANTT ou da própria empresa, sobre a qualidade do serviço prestado pela empresa avaliada.

Nos casos de caducidade do lote, a ANTT poderá, a seu critério, atribuir os serviços operados em caráter emergencial às Permissionárias, obedecendo aos seguintes critérios de desempate, na ordem apresentada a seguir:

maior pontuação associada ao Índice de Desempenho Global - IDG;

maior pontuação associada ao Índice de Qualidade de Transporte - IQT;

maior pontuação associada ao índice específico com maior coeficiente na composição do IQT;

caso permaneça o empate, serão considerados os demais índices específicos, de acordo com a ordem decrescente dos seus coeficientes na composição do IQT.

27. Deverá a Permissionária, durante toda a vigência contratual, observar as condições das instalações para a guarda e manutenção da frota nos Pontos Terminais da linha, dos Pontos de Apoio e Pontos de Parada intermediários, bem como as disposições legais relativas à escolha de Pontos de Parada.

28. A Permissionária deverá, durante a vigência do contrato, adequar seus veículos, instalações e recursos humanos às normas constantes na legislação de acessibilidade vigente: Leis Federais 10.048, de 8 de novembro de 2000, e nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, regulamentadas pelo Decreto nº 5.296, de 2 de dezembro de 2004, Lei Federal nº 10.436 de 24 de abril de 2002, regulamentada pelo Decreto nº 5.626 de 22 de dezembro de 2005, Lei Federal nº 11.126 de 27 de junho de 2006 regulamentada pelo Decreto nº 5.904 de 21 de setembro de 2006, além das Resoluções fixadas pelo CONMETRO e dos regulamentos expedidos pela ANTT, e outras que porventura lhe sucederem ou nelas promoverem alterações.

As empresas operadoras deverão adotar uma ou mais das seguintes possibilidades de embarque e desembarque de passageiros com deficiência ou mobilidade reduzida:

I – passagem em nível da plataforma de embarque/desembarque do terminal (ou ponto de parada) para o salão de passageiros;

II – dispositivo de acesso instalado no veículo, interligando este com a plataforma;

III – dispositivo de acesso instalado na plataforma de embarque, interligando esta ao veículo

IV – rampa móvel colocada entre veículo e plataforma

V – plataforma elevatória

VI – cadeira de transbordo

As empresas operadoras devem instalar, junto aos assentos preferencialmente reservados, dispositivos sonoros e/ou visuais, facilmente identificáveis e acessíveis, que permitam a comunicação interna com a tripulação.

29. Art. 6º As empresas operadoras devem garantir que todos os pontos de venda disponham de, pelo menos, um balcão de atendimento acessível às pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida, conforme item 9.5.5 da ABNT NBR 9050:2004.
30. A empresa de transporte deve dispor de procedimentos e de pessoal treinado para prestar auxílio aos passageiros com deficiência ou mobilidade reduzida nos terminais, pontos de parada e nos ônibus rodoviários, inclusive durante a viagem.
31. Na prestação dos serviços, a Permissionária deverá atender ao disposto na Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), regulamentada pelo Decreto nº 5.934, de 18 de outubro de 2006, na Lei nº 8.899, de 29 de junho de 1994, e dos regulamentos expedidos pela ANTT, além de outras legislações que vierem a tratar de concessão de passes livres, gratuidades e descontos no transporte rodoviário interestadual de passageiros.
32. As Permissionárias serão avaliadas quanto à qualidade dos pontos de parada por ela escolhidos.

O resultado da avaliação poderá gerar incentivos às Permissionárias e informações aos usuários, conforme as condições estabelecidas em Resolução.

Na escolha dos pontos de parada, as Permissionárias deverão observar os padrões e critérios de acessibilidade, bem como os prazos, previstos na legislação discriminada no item 209 deste edital.

IV - Qualificação da Empresa

33. É vedada a participação nesta Licitação de pessoa jurídica, isoladamente ou em Consórcio, que, na data prevista para a entrega das propostas, se encontre em alguma das seguintes situações:
- com falência decretada, concordata ou em recuperação judicial;

- declarada inidônea por qualquer órgão da Administração Pública Direta ou Indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios; e
- em suspensão temporária ou impedida de contratar com o Poder Público, mesmo que apenas em suas unidades descentralizadas e/ou vinculadas.

34. As Licitantes que não apresentarem as Garantias de Proposta nas condições estabelecidas neste Edital e no Manual de Procedimentos divulgado pela BOVESPA/CBLC estarão impedidas de participar do Leilão e terão os demais envelopes devolvidos, conforme disposto no item 79.

As Garantias de Proposta deverão ter prazo mínimo de 180 (cento e oitenta) dias, contados do primeiro dia do período fixado para entrega da documentação.

A Garantia de Proposta será executada, em favor do Poder Concedente, quando houver desistência da Licitante após a entrega das propostas, quando a adjudicatária se recusar a assinar o contrato oriundo desta Licitação nos termos de sua proposta e nos prazos estabelecidos neste Edital, bem como quando surgir fato superveniente ou só conhecido após o julgamento, de responsabilidade da adjudicatária, que impeça a assinatura do contrato.

35. A documentação relativa à Qualificação Jurídica consiste em:

- comprovante de identidade dos diretores estatutários ou administradores da Licitante;
- registro comercial, no caso de empresa individual;
- ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedade empresária, e, no caso de sociedade por ações, acompanhado da ata da assembléia que deu posse aos seus administradores;
- ato constitutivo no registro competente, acompanhada de documento de eleição da diretoria em exercício, para as sociedades simples e demais entidades;
- em se tratando de Consórcio, compromisso público ou particular de constituição do Consórcio, obedecidos os requisitos de participação de que trata este Edital;

- decreto de autorização, em se tratando de pessoa jurídica ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento, expedido pelo órgão competente, em ambos os casos quando a atividade exercida assim o exigir;
- no caso de entidades privadas de previdência complementar, declaração de que os planos de benefícios por elas administrados não estão em liquidação ou sob intervenção da Secretaria da Previdência Complementar do Ministério da Previdência Social;
- no caso dos Fundos de Investimentos em Participações, além da documentação do registro do fundo na CVM, deverá ser apresentada certidão negativa de falência da administradora e gestora do fundo, expedida pelo(s) cartório(s) de distribuição da sede das mesmas, com data de até trinta dias corridos anteriores ao primeiro dia do período de entrega dos envelopes na BOVESPA definida neste Edital; e
- declaração de compromisso da Licitante, de cumprimento do disposto no art. 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, conforme Declaração I – Geral da Licitante do Anexo IV deste Edital;

36. A documentação relativa à Regularidade Fiscal consiste em:

- prova de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ;
- prova de inscrição no cadastro de contribuintes do Estado ou do Distrito Federal, se for o caso, referente à sede da Licitante;
- prova de inscrição no cadastro de contribuintes do Município da sede da Licitante ou, se for o caso, certidão que comprove não estar sujeita ao Cadastro do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN;
- Certidão Conjunta de Débitos Relativos a Tributos Federais e à Dívida Ativa da União, emitida pela Receita Federal do Brasil (RFB) e pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), expedida com base na Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 3, de 2 de maio de 2007, relativa à sede e extensiva às filias ;
- prova de regularidade com a Fazenda do Estado ou Distrito Federal, onde a Licitante for sediada;
- prova de regularidade com a Fazenda do Município onde a Licitante for sediada;
- Certidão Negativa de Débitos ou Certidão Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos Relativos às contribuições Previdenciárias e às de Terceiros, emitida pela

Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) relativa à sede e extensiva para todas as filiais da Licitante;

- Certidão Negativa de Débito perante o Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS – extensivo à sede e às filiais da Licitante; e
- prova de regularidade de situação perante o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, extensiva às sedes e às filiais da Licitante.

37. A documentação relativa à Qualificação Técnica consiste em comprovação de aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível, em características, quantidades e prazos, com o objeto da Licitação, comprovada por meio da apresentação de:

- documento hábil de comprovação de que a Licitante dispõe, disporá, na data da assinatura do Contrato de profissional de nível superior e experiência profissional em gerenciamento de empresa do setor de prestação de serviços regulares de transporte rodoviário coletivo de passageiros, conforme modelo do Termo de Compromisso II do Anexo III deste Edital;
- documento hábil de comprovação de que a Licitante disporá, na data da assinatura do Contrato, de profissional de nível superior formado em Engenharia Mecânica, registrado no CREA, com experiência profissional em manutenção de veículos de grande porte, conforme modelo do Termo de Compromisso III do Anexo III deste Edital;
- termos de compromisso firmados pelos profissionais indicados pela Licitante, comprometendo-se a exercer as atividades de responsável técnico quando do início da prestação do serviço, conforme modelos do Termo de Compromisso IV e V do Anexo III deste Edital.

38. A documentação relativa à Qualificação Econômico-Financeira será constituída por:

- balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser feita a atualização por índices oficiais quando encerrados há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;
- certidão negativa de falência, concordata ou recuperação judicial, expedida pelo Cartório Distribuidor da sede da Licitante.

As Licitantes, excetuadas as Entidades de Previdência Complementar deverão comprovar que dispõem de Índice de Liquidez Geral – ILG e Índice de Solvência Geral – ISG iguais ou superiores a 1,00, apurado no balanço e calculado de acordo com as seguintes fórmulas:

Onde:

ILG = Índice de Liquidez Geral;

AC = Ativo Circulante, excluídos os títulos descontados e provisão para devedores duvidosos;

RLP = Realizável a Longo Prazo;

PC = Passivo Circulante;

ELP = Exigível a Longo Prazo.

ELP PC

AT ISG

+

=

Onde:

ISG = Índice de Solvência Geral;

AT = Ativo Total

PC = Passivo Circulante;

ELP = Exigível a Longo Prazo.

A Licitante que apresentar resultado do ILG menor que 1,00 poderá obter a qualificação econômico-financeira, desde que demonstre possuir ISG igual ou superior a 1,00 e comprove possuir Patrimônio Líquido igual ou superior ao valor dos investimentos previstos para o primeiro ano de atividade, conforme determinado nos estudos indicativos de viabilidade constante do Anexo II.

As Entidades de Previdência Complementar deverão comprovar que dispõem de Índice de Cobertura dos Benefícios – ICB igual ou superior a 1 (um), apurado no balancete contábil dos planos de benefícios ou no balanço anual, calculado de acordo com a seguinte fórmula:

ICB = (AT - CC-EO-EC-F-BC-PMI)

BaC

Onde:

ICB= Índice de Cobertura dos Benefícios;

AT= Ativo Total;

CC= Contribuições Contratadas;

EO= Exigível Operacional;

EC= Exigível Contingencial;

F= Fundos;

BC = Benefícios Concedidos

PMI= Provisões Matemáticas a Integralizar

BaC= Benefícios a Conceder

39. A documentação referente à Capacitação Técnica conterá:

- apresentação da Licitante, conforme o Quadro II, Anexo V deste Edital;
- histórico da empresa, conforme o Anexo VI deste Edital;
- no caso de consórcio, deverá constar do referido anexo o histórico de todas as empresas que o compõem.
- Termo de compromisso de manutenção de serviços adequados, durante toda a vigência contratual, conforme modelo de Termo de Compromisso I do Anexo III deste Edital;
- Termo de compromisso de que assume integralmente os riscos de demanda em relação às projeções consideradas na elaboração da proposta, e de estar ciente de que a demanda estimada no Projeto Básico, posto à disposição das licitantes, tem caráter meramente indicativo, conforme modelo de Termo de Compromisso I do Anexo III deste Edital;
- Termo de compromisso firmado pela licitante, comprometendo-se a disponibilizar, à época do início da operação das linhas do(s) lote(s), a frota indicada a para execução do serviço, observada a quantidade mínima prevista no Projeto Básico do Lote, com idade máxima de 10 (dez) anos para cada veículo, durante toda a vigência contratual, cuja comprovação será feita à época de início de operação da linha e a qualquer tempo, durante toda a vigência do contrato, pelo cadastro de frota de permissionária – SISFROTA, mantido pela ANTT, conforme Termo de Compromisso I do Anexo III deste Edital;

- Termo de compromisso firmado pela licitante, comprometendo-se a dispor, à época do início da operação das linhas do(s) lote(s), de instalações adequadas para guarda e manutenção da frota e atendimento das tripulações, conforme Termo de Compromisso I do Anexo III deste Edital;
- Termo de compromisso firmado pela Licitante comprometendo-se a observar os requisitos mínimos para os pontos de parada, estabelecidos em resolução específica da ANTT, conforme Termo de Compromisso I do Anexo III deste Edital;
- Termo de compromisso firmado pela licitante, comprometendo-se a cumprir o disposto nas Leis Federais nº 10.048/2000 e nº 10.098/2000 e no Decreto Federal nº. 5296, de 2004, que se referem à acessibilidade dos usuários portadores de deficiência ou com mobilidade reduzida, conforme Termo de Compromisso I do Anexo III deste Edital;
- Termo de compromisso firmado pela licitante, de uma parcela de no mínimo 80% de motoristas que tenham atuado no Sistema de Transporte Rodoviário Interestadual de Passageiros - STRIP por, no mínimo, 3 meses, nos últimos 12 meses anteriores à sua contratação, conforme Termo de Compromisso I do Anexo III deste Edital. Esta condição deverá ser mantida nos dois primeiros anos subsequentes ao início da operação;
- Termo de compromisso firmado pela Licitante de que disporá, para o início da operação, de ___% de motoristas capacitados em conformidade com a Resolução nº. 168 de 2004 do CONTRAN, conforme Termo de Compromisso I do Anexo III deste Edital.
- Declaração de que tem conhecimento dos termos do Edital e que se compromete a cumprir os prazos e as condições nele estabelecidas, conforme modelo da Declaração I do Anexo IV deste Edital;
- Declaração de inexistência de fato impeditivo à participação no Edital, sob as penalidades cabíveis, conforme modelo da Declaração I do Anexo ___ deste Edital;
- Declaração de inexistência de fato impeditivo à execução contratual, caso lhe venha a ser outorgada a permissão, sob as penalidades cabíveis, conforme modelo de Declaração I do Anexo IV deste Edital;
- Declaração, assinada pelo diretor da empresa ou responsável pelo consórcio ou por representante legalmente constituído, de que realizou os estudos necessários para comprovar a viabilidade econômica do lote e de que a proposta tarifária ofertada

está baseada exclusivamente nos estudos realizados pela Licitante, considerando o caráter meramente indicativo do projeto básico constante do Edital, conforme a Declaração I do Anexo IV deste Edital.

40. A vencedora da Licitação deverá constituir, para celebração do Contrato de Permissão, sociedade cujo objeto social deverá restringir-se, exclusivamente, à exploração do Transporte Rodoviário de Passageiros, bem como seus serviços acessórios, cujo estatuto e composição acionária deverão ser submetidos à aprovação da ANTT antes da assinatura do contrato.

41. O capital inicial subscrito da Permissionária deverá ser integralizado e corresponderá, na data da celebração do Contrato de Permissão, a pelo menos 50% (cinquenta por cento) do valor dos investimentos previstos para o primeiro ano de permissão.

Não poderão ser computados como aportes de capital os gastos realizados pela Licitante adjudicatária até a constituição da Permissionária.

Na hipótese de constatação de perdas que reduzam o patrimônio líquido da Permissionária a um valor inferior a 50% (cinquenta por cento) do seu capital social, o patrimônio líquido da Permissionária deverá ser imediatamente aumentado até o valor equivalente, no mínimo, à metade do capital social.

42. Apresentar documentos que comprovem a disponibilidade de frota de veículos, nas condições estabelecidas neste Edital, para o início da operação, que dar-se-á no prazo estabelecido no item 201.

A comprovação da disponibilidade de frota deve ser feita mediante apresentação de Certificado de Registro e Licenciamento do Veículo – CRLV que demonstre a propriedade ou a responsabilidade do veículo pela sociedade constituída, nos moldes do item 158 deste edital, para o cumprimento de todas as obrigações decorrentes do Contrato de Permissão, ou documento de compromisso entre a sociedade e fabricante do

veículo que comprove a disponibilidade dos veículos antes do prazo máximo estabelecido para o início da operação.

43. A licitante vencedora deverá comprovar, para a assinatura do contrato, que os profissionais responsáveis técnicos pertencem ao seu quadro, o que será feito mediante apresentação da cópia da Carteira de Trabalho (CTPS), ou por meio da apresentação do Contrato Civil de Prestação de Serviços. Quando se tratar de dirigente de empresa, tal comprovação poderá ser feita por meio da cópia da Ata da Assembléia, referente à sua investidura no cargo ou do Contrato Social.

É vedada a contratação de um mesmo responsável técnico para mais de uma sociedade constituída nos moldes do item 158 deste edital.

44. O não atendimento pela Licitante vencedora das obrigações prévias à celebração do Contrato de Permissão, previstas neste Edital, nos prazos estabelecidos, implicará em sua desclassificação, sujeitando-a ainda à perda da Garantia de Proposta e às penalidades previstas na legislação vigente.

V - Controle do Serviço

Serão desclassificadas as propostas que não atenderem as condições deste Edital e de seus anexos, bem como aquelas:

45. que ofertarem coeficientes que se utilizem de condições, termos ou vantagens não previstas neste Edital; e
46. que apresentem preços manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação.

47. É de inteira responsabilidade da Permissionária manter, por todo prazo de permissão, de forma ininterrupta as Garantias de Execução do Contrato, constituída na forma prevista no edital de licitação, no valor de R\$ _____, devendo para tanto promover tempestivamente as renovações e atualizações cabíveis, sob pena de caducidade da Permissão.

A extinção decorrente de rescisão do contrato de permissão por infração prevista nas Leis nº 8.987/95, nº 8.666/93, no Decreto nº 2.521/98, nas legislações que venham a sucedê-las ou no próprio contrato, implicará na execução da Garantias de Execução do Contrato para ressarcimento dos prejuízos sofridos pela União.

Sempre que a ANTT executar a Garantia de Execução do Contrato, a Permissionária deverá efetuar a reposição do seu montante integral, no prazo de dez dias úteis a contar daquela utilização, sob pena de ser declarada a caducidade da Permissão.

Sem prejuízo de outras obrigações que lhe sejam impostas pelas normas legais e regulamentares em vigor, incumbe à Permissionária:

48. enviar à ANTT, trimestralmente, os Dados Mensais de desempenho Operacional e os balancetes Analíticos Mensais e, anualmente, as Demonstrações Financeiras em sua forma completa, ou seja, Balanço Patrimonial (BP), Demonstração de Resultado do Exercício (DRE), Demonstração de Origem e Aplicação dos Recursos (DOAR) e Demonstração de Mutações no Patrimônio Líquido (DMPL), com as respectivas notas explicativas e os Relatórios da Diretoria, bem como, quando aplicável, os relatórios dos Conselhos Fiscal e de Administração e os Pareceres dos Auditores Independentes.

49. As infrações às normas legais, regulamentares e contratuais sujeitarão a Permissionária às seguintes sanções, sem prejuízo das de natureza civil e penal:

- advertência por escrito;
- multa, correspondente à gravidade da infração, estabelecida na Resolução ANTT nº 233, de 2003;

- suspensão que não terá prazo superior a 180 (cento e oitenta dias);
- declaração de inidoneidade pelo prazo não superior a 5 (cinco) anos.

A declaração de inidoneidade, cujo prazo de vigência não será inferior a três anos e nem superior a cinco anos, será aplicada às empresas que:

- tenham praticado atos ilícitos visando frustrar os objetivos de licitação ou a execução de contrato;
- possuam condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;
- demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de ilícitos praticados;
- mantenham, em cargo de sua direção ou gerência, diretor ou sócio-gerente condenado, por decisão transitada em julgado, pela prática de crime de peculato, concussão, prevaricação, contrabando e descaminho, bem assim contra a economia popular e a fé pública;
- apresentem informações e dados falsos, em proveito próprio ou alheio ou em prejuízo de terceiros;
- pratiquem a sub-permissão e a sub-autorização;
- cobrem tarifa superior à estabelecida no contrato;
- pratiquem abuso do poder econômico ou infração às normas de defesa da concorrência;
- pratiquem serviço não autorizado ou não permitido.

A declaração de inidoneidade importará na caducidade da permissão da linha onde se verificou o abuso do poder econômico ou a infração à norma para defesa da concorrência.

A suspensão ao direito de licitar e contratar com a Administração, bem como a Declaração de Inidoneidade poderão também ser aplicadas às empresas que, em razão dos contratos regidos pelas Leis nº 10.233/2001, nº 8.987/1995 e nº 8.666/1993:

- tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;
- tenham praticados ilícitos visando frustrar os objetivos da licitação; ou

- demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de ilícitos praticados.

50. A ANTT poderá intervir na permissão, com o fim de assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes.

51. A ANTT poderá determinar à Permissionária a implantação de sistemas automatizados de coleta de dados operacionais, financeiros, contábeis ou quaisquer outros necessários para o acompanhamento da prestação dos serviços de transporte rodoviário interestadual de passageiros.

A Permissionária, quando do início da operação dos serviços, deverá coletar, armazenar e disponibilizar os dados constantes no Anexo XVI de acordo com as especificações de formatos e segurança nele constantes, sem prejuízo de outras determinações estabelecidas em Resolução da ANTT.

A coleta automatizada de dados, referidos no item 208, será realizada por meio de equipamentos embarcados e não-embarcados, os quais deverão atender às especificações do Anexo XVI e de Resolução da ANTT.

Será de responsabilidade da Permissionária a aquisição, implantação, manutenção dos equipamentos e dos sistemas necessários para o atendimento do item 208.

Sem prejuízo da continuidade da viagem, o ônibus deverá ter o subsistema embarcado submetido à manutenção e não poderá ser utilizado em nova viagem até que seja sanada a falha.

A Permissionária deverá armazenar, por no mínimo 5 (cinco) anos, os dados exigidos e os recibos eletrônicos emitidos pela ANTT, devidamente assinados digitalmente.

O subsistema não embarcado corresponde a toda infraestrutura necessária à eficiente coleta, armazenamento e disponibilização dos dados exigidos pela ANTT, que não esteja localizada nos veículos utilizados na prestação dos serviços. E, composto minimamente por:

- Pontos de venda de passagens: Estes Pontos devem dispor de infraestrutura necessária para a coleta, armazenamento e envio dos dados, relativos aos bilhetes de passagem, definidos neste Anexo, a um Ponto de disponibilização da Permissionária.
- Pontos de coleta de dados do cronotacógrafo: Estes pontos de coleta de dados do cronotacógrafo devem dispor da infraestrutura necessária ao recebimento, armazenamento e envio destes dados a um Ponto de Disponibilização da Permissionária, de acordo com os critérios estabelecidos neste Anexo.
- Pontos de disponibilização da Permissionária: Estes Pontos devem conter infraestrutura adequada ao recebimento dos dados, obtidos nos Pontos de coleta de dados do cronotacógrafo e Pontos de venda de passagens, e envio dos mesmos, assinados digitalmente, ao Data Center da Permissionária.
- Data Center: O Data Center, da Permissionária ou terceirizado, deve dispor de infraestrutura adequada ao recebimento, armazenamento e disponibilização à ANTT dos dados enviados pelos Pontos de Disponibilização, mantendo as especificações de segurança dos dados definidas neste Anexo.

O subsistema embarcado será composto, no mínimo, pelos seguintes equipamentos:

- Registrador instantâneo inalterável de velocidade e tempo – Cronotacógrafo, nos termos do artigo 105, II, do Código de Transito Brasileiro - CTB
- Sistema de posicionamento global – GPS
- Leitor automático de E - Bilhete
- Detector de sentido de passagem humana
- Interface para dispositivo de memória não volátil removível USB
- Interface para comunicação digital sem fio

Os equipamentos embarcados deverão possuir índice de disponibilidade mínimo de 99,98% (noventa e nove por cento e novecentos e oitenta milésimos), medido em relação ao parque instalado da Permissionária.

Os equipamentos utilizados deverão dispor de dispositivo sinalizador de eventuais falhas físicas ou de conexão, disponível aos olhos do condutor.

A manutenção dos equipamentos deverá ser realizada por técnico especializado, no próprio local, nas garagens ou nos pontos terminais, sendo o prazo máximo para o restabelecimento do funcionamento do equipamento de __ dias a contar da identificação da falha.

O Cronotacógrafo deve, no mínimo, ser capaz de fornecer os dados armazenados para os agentes credenciados pela ANTT através de impressão em papel, dispositivo de memória removível com interface USB e comunicação sem fio de curto e/ou médio alcance. Devendo fornecer suporte para comunicação sem fio via rede de telefonia celular.

O fabricante do Cronotacógrafo deve disponibilizar um programa, biblioteca de ligação dinâmica ou equivalente, para utilização em computador, conforme especificações a serem definidas em resolução, que permita identificar a origem e autenticar o arquivo disponibilizado pelo Cronotacógrafo, bem como extrair os dados definidos neste Anexo no formato especificado em Resolução específica.

Os dados de Identificação de Bilhete (E-Bilhete) de uma passagem devem ser disponibilizados no *Data Center*, pela Permissionária, em até 24 horas após a venda da mesma.

Os dados de Registro de Ocorrências de uma viagem devem ser disponibilizados no *Data Center*, pela Permissionária, em até 96 horas após o término da mesma.

Os dados dos Cronotacógrafos devem ser disponibilizados no *Data Center*, pela Permissionária, até 24 horas após o término de cada viagem.

Quando a ANTT verificar que a o dado não foi disponibilizado no prazo estipulado,emitirá imediatamente uma notificação eletrônica para a Permissionária.

Devem ser disponibilizados à Agência todos os dados armazenados no Cronotacógrafo desde o último recibo eletrônico emitido pela ANTT.

A Permissionária deve possuir um (1) par de chaves assimétricas:

- As Chaves da Permissionária (CPER) deverão ser usadas para realizar a assinatura de quaisquer dados digitais disponibilizados pela empresa.
- A Chave Privada CPER deverá ser RSA de tamanho 2048 bits, e seu Certificado de Chave Pública no formato X.509 emitido em nome de uma autoridade certificadora pertencente ao ICP-Brasil tendo fé pública.

Toda e qualquer alteração realizada no Cronotacógrafo, tanto em hardware quanto em *software* pelo fabricante, deve ser submetida à aprovação da ANTT.

A Permissionária deve disponibilizar um arquivo de dados compactado, contendo o seguinte conjunto de arquivos:

- o Arquivos de logs de dados dos Sistemas Embarcados e suas respectivas assinaturas geradas pelo Cronotacógrafo;
- o Arquivos de logs de E-bilhetes coletados do sistema de Identificação de Bilhete;
- o Arquivos de logs de Ocorrências coletados do sistema de Registro de Ocorrências.
- o arquivo de dados compactados disponibilizado à ANTT deve ser assinado pela Permissionária com a Chave Privada da Permissionária CPER conforme especificado.

52. A caducidade poderá ser declarada quando a Permissionária:

- prestar o serviço de forma inadequada ou deficiente, tendo por base as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço, observando-se o disposto no Anexo XV do Edital;

- descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares concernentes à permissão;
- paralisar o serviço ou concorrer para tanto, ressalvadas as hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior;
- perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço;
- não cumprir as penalidades impostas por infrações, nos devidos prazos;
- não atender a intimação da ANTT no sentido de regularizar a prestação do serviço;
- for condenada em sentença transitada em julgado por sonegação de tributos, inclusive contribuições sociais; e
- transferir a permissão ou seu controle societário sem prévia anuência da ANTT.

Declarada a caducidade, não resultará para a ANTT qualquer espécie de responsabilidade em relação aos encargos, ônus, obrigações ou compromissos com terceiros ou com empregados da Permissionária.

53. Na hipótese de descumprimento do contrato pela ANTT, a Permissionária poderá pleitear a rescisão contratual mediante a propositura de ação judicial específica para este fim.

Somente após o trânsito em julgado da decisão que avaliar o pedido de rescisão poderá ocorrer a interrupção ou a paralisação dos serviços contratados.

54. Fica expressamente ressalvada a possibilidade de composição extrajudicial para a solução de eventuais controvérsias relacionadas com o presente contrato e sua execução, inclusive mediante conciliação e arbitragem.

A instituição de júízo arbitral e o seu procedimento observarão as normas da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

VI - Características da Delegação

55. O prazo da Permissão é de 15 (quinze) anos.

A contagem dos prazos da Permissão inicia-se da publicação do ato de início da operação.

Não é admitida a prorrogação do prazo de Permissão.

56. O regime da contratação será o de Permissão da Prestação de Serviço Público, sem caráter de exclusividade, por conta e risco da Permissionária, formalizada por meio de Contrato de Permissão

57. A Licitante poderá apresentar proposta para mais de um Lote do mesmo Subgrupo.

A sociedade constituída nos moldes do item 158 poderá administrar mais de um Lote de quotas de exploração/ligação/linhas de serviços de Transporte Rodoviário Passageiros.

O contrato de permissão poderá ser alterado nos seguintes casos:

58. unilateralmente, pela ANTT, desde que presente o interesse público, motivadamente;

59. A Permissionária assume integral responsabilidade pelos seguintes riscos:

- riscos de demanda;
- tecnologia empregada nos serviços da Permissão;
- perecimento, destruição, roubo, furto ou perda de bens da Permissão;
- aumento do custo de capital, inclusive os resultantes de aumentos das taxas de juros;
- variação das taxas de câmbio;
- possibilidade da inflação, medida por qualquer índice, de um determinado período, ser superior ou inferior ao índice utilizado para reajuste da tarifa ou de outros valores previstos no Contrato para o mesmo período;
- responsabilidade civil, administrativa e criminal penal por danos ambientais e a terceiros decorrentes da operação das linhas;

- custos e receitas diferentes do previsto no Fluxo de Caixa Indicativo neste Edital ou na elaboração da proposta pela Permissionária; e
- provisão de receita para pagamento de tarifa de pedágio diferente daquela estabelecida em resolução da ANTT.