

PREVISIBILIDADE OU RESILIÊNCIA? NOTAS SOBRE A REPARTIÇÃO DE RISCOS EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Patrícia Sampaio*
Thiago Araújo**

Sumário: 1. Introdução; 2. Incerteza e Risco; 3. Contratos Incompletos, Assimetria de Informação e *Hold Up*; 4. Assimetria de Informação, Poder de Mercado e *Hold Up* nos Contratos Administrativos; 5. As Normas do direito Positivo Brasileiro; 5.1. Repartição de Riscos na Lei 8.666/93; 5.2. Repartição de Riscos nas Concessões de Serviços Públicos; 5.3. Repartição de riscos em Contratos de PPP; 6. Renegociação nos Contratos Administrativos; 7. Uma Via Possível: a Especialização da divisão de Riscos; 8. Conclusão; Bibliografia.

1. Introdução

No direito, o sucesso de um paradigma pode ser medido, entre outros critérios, a partir da consolidação de certas ideias que são estabilizadas e servirão de base para a formação de futuros profissionais¹. A adoção do conceito de Administração Pública gerencial firmou-se, nas últimas décadas, como novo paradigma em substituição à concepção burocrática,² o que tem suscitado crescente relevância das parcerias entre poder público e iniciativa privada, destacando-se os contratos administrativos.

No elogio às parcerias público-privadas em sentido amplo³, jamais se pode perder de vista que a contratação administrativa somente se justifica em razão de um interesse público que necessite de tutela; ou seja, ela é um meio para um fim maior.

* Professora da FGV Direito Rio e da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO), membro do Centro de Pesquisa em Direito e Economia da FGV Direito Rio (CPDE), doutora e mestre pela Universidade de São Paulo (USP) e advogada.

** Procurador do Estado do Rio de Janeiro, mestre e doutorando pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e advogado.

¹ KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 3ª Ed. São Paulo: Perspectiva, 1992.

² PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle*. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, caderno 01, 1997.

³ Em uma perspectiva ampla, englobam-se no conceito todas as formas de comunhão de interesses, inclusive sociedades de economia mista, terceiro setor, terceirizações e demais formas de contratação entre poder público e iniciativa privada. Conforme DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009. Em sentido restrito, PPPs são apenas as concessões patrocinadas e administrativas disciplinadas na Lei 11.079/04.

Por isso, quando um contrato administrativo deixa de ser executado, por qualquer que seja o motivo,⁴ pode-se inferir a ocorrência de um dano à sociedade.⁵

Aliás, essa é a única exegese possível da leitura do inciso XXI do art. 37 da CRFB/88, que erige o dever de licitar à luz do princípio da eficiência, positivado no *caput* do mesmo dispositivo. Por isso mesmo, a gestão dos riscos nos contratos administrativos constitui tema de inequívoco interesse público e relevância prática. Se o projeto licitado não for implementado, se o serviço público não for prestado a contento, se o contratado não entregar a obra ou serviço, perde a população, mas perde também o gestor, especialmente se titular de cargo comissionado ou eletivo⁶.

No entanto, também é fato que, no curso da execução de um contrato, situações inesperadas podem surgir. No caso de objetos complexos, envolvendo a implementação de novas estruturas ainda não disseminadas no mercado ou a aquisição de bens específicos de elevado valor, e de longos lapsos temporais, o poder público contrata em cenários de significativa incerteza. Essa constitui uma premissa inescapável no âmbito das concessões de serviços públicos, especialmente as precedidas de obras públicas, e das parcerias público-privadas.

Em que pese não ser factível imaginar cenários de contratos completos, pelas razões adiante expostas, vem-se crescentemente buscando estabelecer instrumentos que tornem os contratos administrativos mais previsíveis e equitativos no que tange à repartição de riscos. Aliás, o ponto merece ser minudenciado: é impossível tornar qualquer contrato completamente previsível⁷. O que se propugna aqui é que o contrato

⁴ Seja por inadimplemento do poder público contratante, seja por falha do contratado ou, ainda, em decorrência de situações de caso fortuito e força maior.

⁵ Trata-se, logicamente, de uma presunção relativa; a própria lei 8.666/93 prevê o interesse público como uma justificativa para o encerramento unilateral do contrato administrativo, assim como existe a possibilidade de distrato, em estando o poder público e o contratado de acordo quanto ao seu encerramento. Essas exceções, no entanto, não afastam a nossa afirmativa, segundo a qual se não é esperado que duas partes firmem um contrato pensando em não cumpri-lo tal como avençado, ou em encerrá-lo prematuramente, muito menos é esperado que o faça a Administração.

⁶ Na hipótese de cargo eletivo, é preciso considerar que, para fins de reeleição ou conquista de novos postos eletivos, a entrega de obras e serviços talvez tenha um valor muito elevado ao administrador, de modo que ele pode preferir concordar com alterações – geralmente majorações – dos contratos para assunção de custos decorrentes de eventos ocorridos durante a sua execução, do que o seu encerramento prematuro. Além disso, há ainda o risco de captura tanto da escolha das políticas públicas a serem executadas como sobre o meio de implementá-las. Nesse sentido, apontou George Stigler em seu seminal artigo sobre a relação entre regulação e política: “Se votar contra uma política econômica que prejudicaria a sociedade pudesse garantir a reeleição, com certeza o representante votaria sempre nesse sentido. Infelizmente, à virtude nem sempre é atribuído um preço muito alto. Se o representante nega subsídios em dinheiro ou poder governamental a dez grandes indústrias, elas dedicar-se-ão à eleição de um sucessor mais complacente: os interesses são o que importa”. STIGLER, George. *Theory of economic regulation*. *Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 1, primavera de 1971, pp. 3-21. Existe tradução para o português: STIGLER, George. *Teoria da regulação econômica*. In: MATTOS, Paulo (coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: 34, 2004.

⁷ Do mesmo modo que é impossível dotar um sistema jurídico de completude e certeza, assertiva hoje incapaz de gerar qualquer espanto frente às críticas sofridas pelo positivismo jurídico. Cf. BOBBIO, Norberto. *Positivismo Jurídico – Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995. Para uma contextualização das críticas, ver DIMOULIS, D. (Org.); DUARTE, Écio Oto (Org.). *Teoria do direito neoconstitucional*. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?. 1. ed. São Paulo: Método, 2008.

administrativo considere de maneira mais objetiva as perturbações que possam ocorrer, advindas de um ambiente extremamente suscetível a mudanças, e possa a elas se adaptar. Embora pouco usual, preconiza-se que o contrato administrativo, mais do que totalmente previsível, meta impossível de ser atingida, seja resiliente, isto é, dotado de uma capacidade de adaptar-se às contingências, reestabilizando-se,⁸ ao mesmo tempo em que se preservam os princípios da Administração Pública e do procedimento licitatório.

Desta feita, se chover além do razoável e a obra tiver que ser interrompida, quem arcará com o prejuízo dos dias a mais de mão-de-obra mobilizada? Se houver uma maxidesvalorização cambial que aumente o custo de financiamentos e insumos, deverá ser permitida a repactuação do contrato, por exemplo, mediante aumento da tarifa? O dilema pode ser resumido da seguinte forma: se a realidade, por um lado, impõe a necessidade de adaptação a fim de que se dê a continuidade do próprio contrato administrativo, impossível desconsiderar a possibilidade de que a adaptação descambe em transformação ou desnaturação do objeto licitado, ou, ainda, em quebra da equação econômico-financeira inicialmente pactuada.

Assim, em que medida revisões contratuais, em avenças administrativas, constituem violações ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório? É possível a busca por uma repartição objetiva de riscos que permita ao contrato administrativo uma execução suave e segura ao longo do tempo? Essas são algumas questões que o presente artigo intenciona endereçar.

Para esse fim, será percorrido o seguinte trajeto: inicialmente, será realizada uma digressão sobre o significado de risco, com ênfase naqueles vislumbrados em sede de contratos administrativos.

Na seção subsequente, serão trazidas algumas considerações da literatura econômica acerca dos problemas que podem surgir nas contratações de longo prazo, que, embora não possam ser integralmente solucionados, podem ser reduzidos, ou ter o seu custo de solução minimizado, mediante o desenho de instrumentos jurídicos adequados a enfrentá-los.

Por isso mesmo, o tópico seguinte será dedicado a uma breve menção às normas de direito positivo que, desde a lei 8666/93, buscam regular o tema da repartição de riscos em contratos administrativos. Ênfase será conferida à legislação de PPPs, por incorporar uma visão mais contemporânea do tema – e chama-se a atenção, desde logo, mais aberta a *inputs* de outros ramos do conhecimento.

Adiante, serão trazidos alguns princípios estabelecidos pela literatura e por organismos internacionais no que tange à disciplina da repartição de riscos em contratos de concessão e PPPs, abordando-se, inclusive, o tema da renegociação contratual.

Ao final, traçam-se algumas conclusões sobre o tema, visando a colaborar com os agentes públicos que se veem diuturnamente na difícil tarefa de desenhar

⁸ No sentido do texto, partindo das categorias desenvolvidas pela teoria dos sistemas, remete-se a ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Ensaio sobre uma visão autopoietica do Direito Administrativo*. *Revista da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do RS*, nº 7, Agosto 2004.

contratos administrativos e, nesse mister, encontram o desafio de elaborar fórmulas que equacionem a distribuição de responsabilidades por eventos futuros e incertos que simultaneamente resguardem os interesses dos usuários dos serviços e preservem a atratividade dos contratos à iniciativa privada.

2. Incerteza e Risco

A sociedade complexa é o palco por excelência da incerteza.⁹ No entanto, eventos futuros e incertos podem transformar profundamente a realidade econômica de um indivíduo, de uma empresa, de um Estado. Essa modificação pode ser positiva ou negativa.

Geralmente, a boa sorte não é lamentada¹⁰. O problema, no mais das vezes, relaciona-se ao inverso, isto é, às situações em que a ocorrência de um fato não antevisto gera prejuízos.

Em alguns casos, é possível precaver-se por meio de mecanismos de seguros.¹¹ No entanto, mesmo esses não seriam contratáveis em ambientes de profunda incerteza. Quando a assimetria de informações entre as partes se apresenta demasiada, ou quando a probabilidade e a extensão do dano são por demais desconhecidos, o objeto se torna não segurável.

De fato, a incerteza que não pode ser precificada nem estimada dificilmente será segurada. Temos aqui, então, a diferença entre incerteza e risco, apontada por vários estudos sobre o tema, na esteira da distinção feita por Frank Knight.¹² A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE define risco como “qualquer consequência incerta, mas quantificável, de uma atividade, seja em termos de custos ou benefícios”. Ou seja: o risco é a incerteza que pode ser, de alguma forma, mensurada em termos do impacto financeiro – quanto será despendido se determinado evento ocorrer – e da probabilidade de sua ocorrência: qual a chance daquele suposto evento realmente se materializar em um fato?¹³

⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Saraiva, 2011. Sequer sendo percebida, propriamente, como um risco, o que é ilustrado pelo conto de Jorge Luis Borges, A loteria da Babilônia. BORGES, Jorge Luis, *Ficcões*. São Paulo: Bibliotex, 2000.

¹¹ A própria gênese do contrato de seguros ilustra o fato. Conforme narra Franco, “tudo começou em 1687, quando Edward Lloyd fundou um café onde se reuniam marinheiros e aventureiros e começou a acumular informações sobre chegadas, partidas e desfechos das mais variadas expedições e a formar um ‘comércio’ sobre o financiamento, ou sobre o seguro, das diferentes viagens. Corretores coletavam clientes entre os capitães e empresários e ofereciam o ‘risco’ aos frequentadores do Lloyd, que, em troca de um prêmio, assinavam sob (*under*) os termos do contrato. Logo, esses operadores ficaram conhecidos como *underwriters* (‘os que assinam embaixo’), linguagem até hoje utilizada para os subscritores de apólices de seguro”. FRANCO, Gustavo. *As leis secretas da economia*. Rio de Janeiro: Zahar, 2012, p. 37.

¹² Em sua obra *Risk, Uncertainty and Profit*. Nova Iorque: Hart, Schaffner & Marx, 1921, especialmente o capítulo VII (*The meaning of risk and uncertainty*).

¹³ OCDE/ITF. *Risk-sharing in public-private partnerships*. In *Transport Infrastructure Investment: Options for efficiency*. OCDE, 2008. De acordo com Nóbrega, pode-se afirmar que a essência do risco apresenta três dimensões: (i) o evento – o fato que, em ocorrendo, impactará os investimentos; (ii) a probabilidade, isto é, a chance de que o evento ocorra em determinado período de tempo; e (iii) o impacto, correspondente ao valor financeiro que será despendido caso o evento ocorra. NÓBREGA, Marcos. Riscos em projetos de infraestrutura: incompletude contratual; concessões de serviços públicos e PPPs. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, IBDP, n. 22, maio/junho/julho de 2010, p. 3.

A mensuração do risco é, na maior parte das situações, fruto da experiência, ainda que mediata. Se houver relatos e dados sobre situações pretéritas semelhantes, será mais provável evitar o dano a um custo não proibitivo: ou seja, será possível gerenciar a incerteza, quantificá-la, transformando-a em um risco e, em muitas situações, passível de prevenção. A ciência atuarial e os modelos matemáticos de probabilidade, a partir de eventos pretéritos, extrapolados, também desempenham relevante função na tentativa de previsibilidade e mensuração dos riscos. Vê-se, então, que estimar riscos depende de uma variável: informação.

Essa constatação traz uma importante implicação no âmbito dos contratos, já que sempre haverá assimetria de informação entre as partes. O mesmo se dá nos contratos firmados com a Administração Pública: o poder público deseja obter do procedimento licitatório a melhor proposta possível – seja o menor preço/tarifa, a maior outorga, o maior desconto, maximizando seus ganhos e reduzindo seus dispêndios, combinando a isso os melhores padrões de qualidade e eficiência. A empresa ou consórcio licitante, potencialmente, deseja o diametralmente oposto: obter o maior lucro com a execução do objeto licitado ao menor custo possível.

A descrição do quadro assemelha-se à descrição de um jogo. Valendo-se aqui da metáfora, tem-se que é necessário desenhar regras que permitam às partes/jogadores revelar o teor de suas “cartas”, isto é, compartilhar informações, em prol de uma “partida” justa.

Nessa ordem de ideias, a busca por equilíbrio entre esses interesses inicialmente contrapostos em contratações (inclusive as públicas) constitui um dos problemas fundamentais dos economistas estudiosos da teoria dos leilões. É preciso, portanto, desenhar mecanismos que revelem as preferências das partes contratantes e evitem comportamentos oportunistas e situações de *hold up*, o que passamos a comentar.

3. Contratos Incompletos, Assimetria de Informação e *Hold Up*

Na visão da escola econômica clássica, o contrato era concebido como uma forma eficiente de alocação de riscos, que maximizava a riqueza social, pressupondo agentes econômicos livres e iguais interagindo no mercado, com informação plena sobre todos os aspectos relevantes para realizar operações econômicas no mercado (trocas). Nessa perspectiva, o papel do direito deveria resumir-se a garantir a efetividade do pactuado, pressupondo-se o contrato como capaz de prever todas as situações juridicamente relevantes decorrentes da avença desejada.¹⁴

No entanto, atualmente tem-se claro que falhas de mercado tornam a realidade muito distante do modelo acima descrito. Na vida real, as partes têm, muitas vezes, disparidade de poder e não possuem as informações necessárias à tomada plenamente informada e consciente de decisão.

O fenômeno da assimetria de informação corresponde ao fato de que os contratantes, no momento da celebração dos contratos, não dispõem de informações

¹⁴ BELLANTUONO, Giuseppe. *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*. Milão: CEDAM, 2000, 99.

sobre todas as variáveis relevantes à realização do ato. Dessa forma, a escolha é, em realidade, limitada pelo conjunto de informações que a parte conseguiu angariar, de forma que os agentes econômicos apresentam “racionalidade limitada” pelas informações que não possuem.¹⁵

Dessa forma, o agente econômico valoriza a posse de informações relevantes previamente à tomada de decisão. Essa busca por informações mostra-se custosa tanto em termos financeiros como em tempo, esforços despendidos e dificuldades que podem se colocar no curso da execução do contrato, como o risco de inadimplemento da contraparte: são os custos de transação.¹⁶

De acordo com Williamson, os custos de transação possuem três dimensões principais, quais sejam: (i) frequência: quanto maior a frequência da interação entre os agentes, maior é o incentivo a que as partes cumpram o pactuado e não imponham perdas à contraparte, além de serem menores os custos associados à obtenção de informações e elaboração de contratos complexos (o “conhecimento” é adquirido ao longo do tempo); (ii) incerteza: quanto mais o ambiente sinalizar incertezas, maior será a probabilidade de que o contrato tenha de ser renegociado, em razão da impossibilidade de previsão de acontecimentos futuros, o que aumenta os custos de transação; e (iii) especificidade dos ativos: quanto maior o investimento em ativos específicos, maiores serão as perdas em caso de um comportamento oportunista da outra parte.¹⁷

Dentre os tipos de custos de transação acima mencionados, a especificidade de ativos merece alguns esclarecimentos adicionais, pois o investimento em ativos específicos cria uma situação de dependência da empresa investidora com aquela para quem vai ser fornecido o bem produzido. Como indica Paulo Furquim de Azevedo,

essa especificidade pode ser de natureza física (como no caso de peças para uma determinada engrenagem); temporal (caso haja risco de perecibilidade de produtos ou ociosidade de ativos); locacional (tendo em vista os custos de frete e deslocamento caso se tenha de procurar outro parceiro); humana (em razão de investimentos realizados para capacitação e aprendizado de pessoal, especificamente para aquela operação); e dedicados (quando a finalidade única do investimento foi possibilitar aquela operação mercantil).¹⁸

Além disso, o reconhecimento de que os agentes econômicos em uma relação comercial geralmente não possuem o mesmo grau de informação sobre o produto ou serviço comercializado trouxe novas questões aos estudos sobre o comportamento dos agentes. Compreende-se, então, que, presentes assimetria informacional e problemas de incentivo, existe o risco de que uma parte termine por agir oportunisticamente, por exemplo, escondendo informações relevantes sobre o produto ou serviço contratado. A possibilidade de produção desse efeito, após a celebração do contrato, ficou conhecida na literatura econômica como o problema do “risco moral” (“*moral hazard*”).¹⁹

As mesmas origens dão origem a patologia observada antes da celebração do contrato: a seleção adversa, consistente no fato de que, na impossibilidade de o contratante avaliar corretamente as distintas características do produto ou serviço e, portanto, estando presente o risco de a outra parte agir oportunisticamente, o contratante racional optará pelo de menor custo, de forma que, no limite, apenas os produtos e serviços de qualidade inferior terminam por ser comercializados.²⁰

¹⁵ Conforme explica Eirik Furubotn: “Para que se possa entender o comportamento econômico conforme ele ocorre nos sistemas econômicos reais, mostra-se essencial reconhecer o fato de que os indivíduos possuem habilidade limitada para adquirir e processar informações, e que, na prática, uma larga proporção dos recursos econômicos é despendida com a contínua tarefa de facilitar as trocas.” FURUBOTN, Eirik G. *Entrepreneurship, transaction-cost economics, and the design of contracts*. In: BROUSSEAU, Eric; GLACHANT, Jean-Michel. *The economics of contracts: theories and applications*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 74.

¹⁶ “No contexto dos contratos, ‘custos de transação’ é um termo usado pelos economistas para cobrir tempo, esforço, problemas e outros custos incorridos pelas partes ao negociar um acordo sobre os termos de seu contrato, ou ao negociar a cessação de, ou litigar a adjudicação de uma disputa contratual. O economista assume que homens racionais tentarão evitar ou minimizar os custos de transação.” HARRIS, Donald e VELJANOVSKI, Cento. *The use of economics to elucidate legal concepts: The Law of Contract*. In: DAINYTH, Terence e TEUBNER, Gunter. *Contract and organisation – legal analysis in the light of economic and social theory*. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1986, p. 111. Conforme observa Eirik Furubotn: “Dados custos positivos de transação e racionalidade limitada, cada firma no sistema descobre que o processo geral de aprendizagem sobre tecnologia, oportunidades e preços, e a escolha de uma posição operacional favorável, torna-se uma atividade custosa (...) gastos significativos de tempo, esforços humanos e recursos materiais se tornam necessários mesmo para se obter conhecimento de apenas uma pequena parcela das opções que se encontram, em teoria, disponíveis na sociedade como um todo”. FURUBOTN, Eirik G. *Entrepreneurship, transaction-cost economics, and the design of contracts*, p. 88.

¹⁷ As três dimensões são propostas por Oliver Williamson, *apud* MONTORO FILHO et al. *Manual de economia dos professores da USP*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 217 e 218.

¹⁸ Os tipos de ativos específicos são citados na sua parte do trabalho publicado conjuntamente com Raquel Sztajn e Décio Zylbersztajn. SZTAJN, Raquel; ZYLBERSZTAJN, Décio; AZEVEDO, Paulo Furquim de. *Economia dos contratos*. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Raquel. *Direito e Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 127.

¹⁹ “Por oportunismo entende-se que os indivíduos são considerados fortemente autointeressados, podendo, se for do seu interesse, mentir, trapacear ou quebrar promessas.” MONTORO FILHO et al. *Manual de economia dos professores da USP*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 217. Conforme observa Jorge Fagundes: “Na presença de assimetria de informações surge a possibilidade de que não haja incentivo para que a parte detentora da informação privilegiada se comporte de modo eficiente. Essa ausência de incentivos dá origem ao chamado ‘moral hazard’ (‘risco moral’) (...) O ‘risco moral’ refere-se àquelas situações em que um participante do mercado não pode observar as ações do outro, de modo que este último pode tentar maximizar seus ganhos valendo-se de falhas ou omissões contratuais. Nas situações sujeitas ao risco moral, portanto, uma das partes da transação pode adotar atitudes que afetem a avaliação do valor do negócio por parte dos outros agentes envolvidos, sem que estes possam monitorar e/ou impor a execução perfeita de tais ações na presença de contratos incompletos”. FAGUNDES, Jorge. *Assimetria de informação, risco moral e reputação: o caso COPESUL*. In: MATTOS, César (org.) *A revolução antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos*. São Paulo: Singular, 2003, p. 233.

²⁰ “Um mercado que possua diferentes qualidades de bens – e essa seja uma informação privada de uma das partes – tende a ser ineficiente na medida em que transações, que seriam desejadas em um mundo de informação perfeita, não se realizam. Em resumo, o mecanismo da seleção adversa elimina do mercado os produtos de boa qualidade porque o vendedor não consegue convencer o comprador sobre a qualidade do produto.” SZTAJN, Raquel; ZYLBERSZTAJN, Décio; AZEVEDO, Paulo Furquim de. *Economia dos contratos*. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Raquel (org.) *Direito e Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 122. Veja-se, a esse respeito, o clássico estudo de George Akerlof: *The market for lemons: quality uncertainty and the market mechanism*. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 84, 1970, p. 488.

Assim, na ausência de um marco normativo-contratual que contenha incentivos em sentido contrário, os agentes econômicos, na busca de lucros crescentes, não hesitarão em explorar a parte que se encontre em uma situação de debilidade ou dependência econômica no momento da execução do contrato. Esse risco relaciona-se especialmente a contratos de longa duração e que requeiram investimentos em ativos específicos por uma das partes contratantes, gerando uma situação de dependência econômica de um dos agentes com a relação contratual.

Essa exploração extorsiva do agente em situação de dependência econômica é conhecida como *hold up*, ocorrendo, conforme explana Colangelo, “*naquelas hipóteses em que, por causa da dificuldade de encontrar no mercado alternativas satisfatórias, a elasticidade da demanda ou da oferta da parte acusa uma pronta redução em seguida à estipulação do contrato, como efeito da condição de especificidade da relação econômica instaurada entre as partes*”. Para ilustrar a situação, o autor alude à figura do “*sujeito aprisionado no contrato*”, que se encontra “*exposto ao risco de extorsões por parte do outro contratante, o qual, ante a ameaça de por fim à relação, tem oportunidade de obter uma modificação nos termos do acordo originário a seu favor*”.²¹

À vista do exposto até o momento, considerando-se a natureza intrinsecamente incompleta dos contratos complexos e o risco de ação oportunista dos agentes, tem-se que, em princípio, é muito provável a ocorrência de problemas no curso da sua execução.²²

Embora as partes busquem precaver-se *ex ante*, mediante disposições contratuais que indiquem incentivos ao cumprimento do pactuado, a eficácia dessa ação é apenas parcial, tendo em vista a racionalidade limitada dos agentes.²³ Em suma, a teoria econômica hoje reconhece que as partes empreendem esforços tentando antever e dispor contratualmente sobre as situações que possam ocorrer no curso da execução do contrato, o que encarece o custo da sua atuação no mercado numa relação direta: quanto maior o esforço preditivo, maior o custo de transação incorrido para a formação da relação contratual.

A compreensão da incompletude dos contratos e dos elevados custos relacionados à aquisição de informação colocou na ordem do dia a discussão sobre a interação entre o direito dos contratos e a teoria econômica. Nesse novo contexto, os contratos relacionais adquirem importância primordial, tendo em vista o potencial da relação de trato sucessivo e a confiança delas decorrente para reduzir custos de transação, impedir comportamentos oportunistas e conferir estabilidade às trocas

²¹ COLANGELO, Giuseppe. *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti: un'analisi economica e comparata*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, p. 32.

²² WILLIAMSON, Oliver. Por que direito, economia e organizações? In: ZYLBERSZTAJN, Décio e SZTAJN, Rachel. *Direito e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 22.

²³ Conforme expõem Stiglitz e Walsh, “os contratos são incompletos e custa caro obrigar legalmente o seu cumprimento, e assim eles oferecem apenas uma solução parcial para o problema do incentivo”. *Introdução à microeconomia*. Rio de Janeiro: campus, 2003, p. 243.

mercantis.²⁴ Também deve ser considerado que a previsão contratual de incentivos ao cumprimento do pactuado, tais como penas severas por inadimplemento, mecanismos que assegurem o interesse/lucratividade da operação para as partes e instrumentos de renegociação assumem papel de grande relevância para a redução dos custos de transação.²⁵

4. Assimetria de Informação, Poder de Mercado e *Hold Up* Nos Contratos Administrativos

Todo o acima exposto acerca da teoria econômica dos contratos pode ser transplantado, sem dificuldades, para a realidade do contrato administrativo.

Em primeiro lugar, o contratante é um monopolista – o Estado – a quem compete decidir sobre a oportunidade de realizar a contratação, as condições de fazê-lo e ditar, unilateralmente, as cláusulas do contrato. Logicamente que esse poder não pode ser exercido ilimitadamente – ainda que aqui se desconsidere a submissão da atuação estatal à legalidade e moralidade²⁶, pois, a partir de um enfoque estritamente econômico, caso as condições propostas pela Administração Pública venham a se revelar muito leoninas, a consequência final poderá ser a ausência de contratação, a chamada licitação deserta, ou seja, sem interessados.

Por outro lado, uma vez realizada a licitação e celebrado o contrato administrativo, a situação, em grande medida, inverte-se, pois o fracasso na execução de um contrato implica, para o poder público, um considerável prejuízo, não apenas em razão do serviço que deixa ser ofertado à sociedade, mas também reputacional. Ocorre o famoso “prometeu, mas não entregou”, o que poderá ter consequências na carreira política do governante. Dessa forma, é esperado que o contratante tenha incentivos a preferir a renegociação ao encerramento do contrato, ainda que formalmente possua garantias que possam ser executadas ou multas que possam ser impostas. Ou seja, no momento pós-licitação, por vezes é o poder público quem se

²⁴ Paulo Furquim de Azevedo observa a relação intrínseca entre a escola da Nova Economia Institucional e a Teoria dos Contratos Relacionais, mencionando ser a última a “contraparte jurídica” das contribuições da primeira. AZEVEDO, Paulo Furquim. *Implicações da pesquisa histórica para a defesa da concorrência: inferência a partir do caso CVRD e SAMTRI*. Disponível em http://www.abphe.org.Br/congresso2003/textos/Abphe_2003_97.pdf, acesso em 25.12.2005, p. 1.

²⁵ O desencorajamento a comportamentos oportunistas depende de incentivos específicos. Conforme observa Jacques Ghestin: “Para desencorajar o oportunismo quando o futuro é previsível, os signatários tentarão detê-lo com incentivos específicos, tais como as formas escolhidas de remuneração, de forma que cada parte tenha um interesse em honrar a palavra dada. Esse é o espírito com o qual as teorias econômicas sobre incentivo e agenciamento foram desenvolvidas. Quando a incerteza é de longo alcance, faz-se necessário recorrer-se ainda a duas espécies de medidas para completar essas estruturas de incentivos. Pela primeira, supervisão e penalidades apropriadas são aplicadas para desencorajar manifestações de oportunismo. Em segundo lugar, processos eficientes para negociação e mediação, até mesmo arbitragem, são implementados para sanar disputas relacionadas à alocação da quase-renda da organização.” GHESTIN, Jacques. *The contract as an economic trade*. In: BROUSSEAU, Eric; GLACHANT, Jean-Michel. *The economics of contracts*, p. 108.

²⁶ Sobre o tema, ver MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

encontra em uma potencial situação de *hold up*, a menos que os incentivos corretos tenham sido adequadamente previstos no contrato.²⁷

Nesse cenário de inversão de incentivos antes e após a licitação, emerge o tema das incertezas inerentes à contratação.

Os contratos administrativos sujeitam-se ao risco de eventos futuros e incertos; que podem levar a incremento dos custos, seja aumento no custo de capital ou de desembolso, seja redução dos ganhos que inicialmente o contratado havia projetado no seu plano de negócios.

É nessa sina de incompletude dos contratos; interesse em atrair o capital privado a investimentos de longo prazo; e os diversos princípios jurídicos que alertam contra o desperdício de recursos com pagamentos excessivos ao contratado²⁸ que vivê o gestor no momento de modelar concessões de serviços públicos e PPPs.

Talvez não por outro motivo os estudos de contratos administrativos, especialmente dos contratos de longo prazo como concessões e PPPs, têm cada dia mais se preocupado com o desenho de mecanismos e instrumentos de alinhamento dos incentivos públicos e privados, visando reduzir alguns riscos, como os de inadimplemento do contratado ou atraso na execução do contrato.

Nesse sentido, no próximo tópico apresentaremos como o direito positivo brasileiro tem lidado com algumas dessas situações, visando trazer soluções que desestimulem condutas oportunistas. Em especial, será possível verificar como a Lei 11.079/04 avançou nessa matéria comparativamente à legislação precedente.

5. As Normas do Direito Positivo Brasileiro

5.1 Repartição de Riscos na Lei 8.666/93

A Constituição Federal é clara ao exigir licitação para a celebração de contratos administrativos.

Após 1988, a primeira lei geral de licitações publicada foi a 8.666/93, até o presente momento em vigor, cujo objeto principal consiste no regramento da contratação de compras, obras, prestação de serviços e alienação de bens por parte da Administração Pública. Essa norma traz alguns artigos disciplinando as consequências decorrentes de alguns eventos futuros e incertos. Merece destaque, a esse respeito, as

²⁷ A legislação já constitui um importante limitador nesse sentido, reforçando, a situação de aprisionamento do contrato. Basta lembrar que, nos termos da Lei 8.666/93, a garantia da fiel execução do contrato é, em regra, de 5%, podendo ser de, no máximo, 10%, o que, à primeira vista, não parece constituir instrumento suficiente à garantia dos interesses da Administração Pública.

²⁸ No ponto, destaca-se a modificação que o ordenamento jurídico vem sofrendo no sentido de incrementar os controles sobre o gestor, exemplificativamente representados pela: (i) edição da lei n° 8.666/93, que “engessou” a discricionariedade do administrador em relação ao procedimento licitatório; (ii) a lei complementar n° 101/2001 – lei de responsabilidade fiscal; e (iii) ascensão institucional do TCU, cujas decisões geram impacto cada vez maior na praxe administrativa. Neste sentido, veja-se a edição do Decreto Federal n° 7.983/13, que reproduz a jurisprudência da Corte de Contas Federal sobre orçamentação.

previsões acerca de caso fortuito ou força maior, segundo a qual o contrato poderá ser alterado para recomposição da equação econômico-financeira inicial.²⁹

Interessante observar ainda que a lei, possivelmente reconhecendo uma realidade inexorável, já previu solução para a hipótese de a quantidade inicialmente licitada (e contratada) pela Administração vir a se mostrar inadequada: o contratado está obrigado a aceitar - trata-se de hipótese de alteração unilateral provocada pela Administração Pública - determinadas majorações e reduções do escopo do contrato, tendo direito à majoração ou redução proporcional do preço.³⁰

O legislador não faculta ao contratado recusar essa alteração; a prestação do objeto além ou aquém do previsto no edital, até determinado montante previsto na lei, é risco a ser tomado pelo contratado, que não pode se furtar a adimplir o contrato, tendo apenas direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro que, segundo previsão da lei, decorre de se observar a relação da proporção inicial. Este, portanto, revela-se como o remédio/medida de mitigação deste risco, mostrando-se mecanismo que reduz os custos de transação na formação do contrato, já que, para esta sorte de evento, a solução já é antevista na própria legislação de regência.

Essa solução, em certo sentido artificial por fixar *ab initio* percentuais máximos de alteração quantitativa – buscou atender a dois princípios que inicialmente podiam ser tidos como contrapostos: de um lado, a ideia de que o objeto contratual licitado não pode ser alterado, para que não se ofenda a própria razão de ser da licitação; e, por outro, o reconhecimento de que o contrato deve ter uma plasticidade que permita sua adaptação às circunstâncias. Tomar um percentual do valor do contrato³¹ foi a fórmula escolhida pelo legislador para tentar atender a essas duas necessidades.

Outro risco tratado na lei 8.666/93 consiste nas alterações legislativas relacionadas a tributos e encargos sobre a atividade contratada, situações em que foi determinada a imediata majoração ou redução do preço, na proporção do incremento do custo. Portanto, as consequências advindas de eventos concernentes ao risco tributário são imputadas à Administração Pública, que deverá mitigá-las a partir do incremento à remuneração percebida pelo contratado.³²

Ainda tendo em vista o poder extroverso da Administração, a lei mitiga o risco de o contratado vir a sofrer alterações na pactuação inicial por meio do princípio geral

²⁹ Art. 65, II, d, Lei 8.666/93.

³⁰ Lei 8.666/93, “Art. 65. (...) § 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos. § 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo: (...) II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes. (...)” § 4º No caso de supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, estes deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente corrigidos, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados”.

³¹ O que indica certa arbitrariedade da solução: toma-se o valor do contrato como critério indicativo do objeto contratual. Nessa ordem de ideias, a limitação de alteração até determinado percentual torna-se fórmula, ainda que imperfeita, de preservação do objeto.

³² Art. 65, § 5º, Lei 8.666/93, que ressalva o imposto sobre renda.

do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, que, em realidade, traduz uma aplicação mais setorizada do princípio da comutatividade dos contratos – há de se guardar a relação inicialmente avençada entre prestação e contraprestação no curso da execução do contrato.³³

Outra situação expressamente tratada na lei 8.666/93 consiste no risco de inadimplemento por parte do contratado, para o qual a resposta do legislador foi a exigência de garantia do fiel cumprimento da prestação, além da previsão de multa e de rescisão administrativa em caso de inadimplemento. Merece ser comentado, no entanto, que a limitação legal da garantia a 10% do valor do contrato mostra-se, via de regra, não ser suficiente para fazer face aos prejuízos sofridos pelo poder público contratante e pela população em caso de inadimplemento do contratado.³⁴

Por outro lado, quando o contrato se encerra por culpa da própria Administração, ou mesmo por caso fortuito ou força maior – a lei prevê a realização de pagamentos por parte do poder público, visando proteger o contratado contra uma série de riscos que não são por ele gerenciáveis.³⁵

A doutrina, assim, afirma a distinção entre álea ordinária e extraordinária, sustentando que, nas contratações administrativas, a primeira deve ser arcada pelo contratado e a última pela Administração.³⁶

Todavia, conforme bem pondera Marçal Justen Filho, “a diferença entre álea extraordinária e ordinária somente é simples quando se examinam situações extremas. À medida que o grau de ordinariedade se reduz, aumenta o grau de extraordinariedade – e vice-versa. Mas é impossível estabelecer um limite exato,

³³ Conforme art. 65, § 6º, Lei 8.666/93. O tema, por sua relevância, desafia uma análise muito mais profunda, que fugiria ao propósito do texto. Veja-se, a esse respeito, JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2010; ARAGÃO, Alexandre Santos de. A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, FGV, v. 263, maio/ago. 2013.; e RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.

³⁴ Conforme art. 56, §3º, Lei 8.666/93.

³⁵ Tais como as hipóteses de encerramento prematuro do contrato por interesse público, supressão, pela Administração Pública, do objeto do contrato além dos limites previstos no art. 65, §1º; suspensão de execução do contrato por mais de 120 dias; atraso superior a 90 dias do pagamento e não liberação de local ou objeto necessário à execução do contrato. Em todas essas hipóteses, além das situações de caso fortuito e força maior, a solução da lei vem estabelecida no art. 79, § 2º, especialmente para prever o ressarcimento dos prejuízos sofridos pelo administrado e conferir-lhe direito a pagamento pelo que tiver executado: “§ 2º Quando a rescisão ocorrer com base nos incisos XII a XVII do artigo anterior, sem que haja culpa do contratado, será este ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, tendo ainda direito a: I - devolução de garantia; II - pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão; III - pagamento do custo da desmobilização”. Tem-se discutido, em algumas oportunidades, a possibilidade de que eventualmente um contrato firmado com base na Lei 8.666/93 possa partilhar entre contratante e contratado os prejuízos decorrentes de eventos de força maior, mas o ponto que se deseja aqui ressaltar é que, na ausência de previsão expressa no contrato, a lei já repartiu esse risco, imputando-o ao poder público.

³⁶ Nóbrega classifica-as de forma um pouco distinta entre (i) álea empresarial, álea administrativa e álea econômica. A álea econômica corresponde, nessa classificação, aos casos em que fatos inesperados e imprevisíveis terminam por onerar demasiadamente uma das partes no contrato (*ob. cit.*, pp. 11 a 13).

em que certa situação deixaria de integrar uma categoria e passaria a compor a outra”.³⁷

A jurisprudência traz alguns exemplos interessantes. Seriam as perdas inflacionárias um evento a justificar recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de um contrato de obra pública? O Superior Tribunal de Justiça decidiu que não, ao entendimento de que inflação, no Brasil, constitui álea ordinária, e que deferir o pleito de reequilíbrio violaria o princípio do julgamento objetivo, pois seria esperado que os demais licitantes – que apresentaram propostas menos vantajosas e, por isso, perderam a licitação – já teriam embutido nas suas propostas a compensação pelas perdas inflacionárias ao longo do tempo.³⁸

Por outro lado, o mesmo Tribunal considerou que a maxidesvalorização do Real frente ao Dólar norte-americano, ocorrida no final dos anos 90, constituía evento extraordinário, capaz de ensejar recomposição da equação econômico-financeira do contrato.³⁹

Verifica-se, assim, que, de um lado, existe uma matriz inicial de riscos legalmente definida – e tratada, mediante a previsão de medidas compensatórias - na própria Lei 8.666/93; é dizer: há uma série de previsões acerca de quem arca com o custo financeiro caso ocorram determinadas situações futuras e incertas, tais como necessidade de aumento ou redução do objeto da contratação (nos limites legais) e alterações tributárias. Quanto às hipóteses que venham a se caracterizar como casos fortuitos ou de força maior, tem-se uma solução legislativa que, em princípio, resguarda os prejuízos do particular, conforme se constata do §2º do art. 79, como acima já apontado.

No entanto, os dois exemplos trazidos pelas decisões judiciais acima narradas, que contemplam hipóteses não trazidas pelo diploma normativo, mostram a insuficiência da solução legislativa, pois a lei não fora expressa em questões como inflação e taxa de câmbio. O tema da repartição de riscos merece, portanto, digressão mais profunda, o que faremos mediante análise, inicialmente, das previsões legais específicas atinentes às concessões de serviços públicos e parcerias público-privadas.

5.2 Repartição de Riscos nas Concessões de Serviços Públicos

Na definição trazida pela lei 8.987/95, a concessão de serviço público é o instituto por meio do qual o poder público delega contratualmente a uma empresa

³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2010, p. 721.

³⁸ REsp 744.446.

³⁹ CONTRATO ADMINISTRATIVO. EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DO VÍNCULO. DESVALORIZAÇÃO DO REAL. JANEIRO DE 1999. ALTERAÇÃO DE CLÁUSULA REFERENTE AO PREÇO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO E FATO DO PRÍNCIPE. 1. O episódio ocorrido em janeiro de 1999, consubstanciado na súbita desvalorização da moeda nacional (real) frente ao dólar norte-americano, configurou causa excepcional de mutabilidade dos contratos administrativos, com vistas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das partes. (...) 3. Rompimento abrupto da equação econômico-financeira do contrato. Impossibilidade de início da execução com a prevenção de danos maiores. (*ad impossibilia memo tenetur*). (...) 5. Recurso Ordinário provido.

ou consórcio privado a prestação de um serviço público, “por sua conta e risco”.⁴⁰ Assim, a lei traz uma orientação inicial na interpretação sobre riscos advindos da concessão – a atividade do concessionário é empresarial e, portanto, a ele compete organizar os fatores de produção e trabalho, enfim, ser empresário, correndo os riscos e apropriando-se dos lucros – ou absorvendo os prejuízos – inerentes ao negócio.

No entanto, a concessão de serviço público não é uma atividade empresarial privada – trata-se de uma delegação de função típica do poder público e de elevada relevância para a sociedade. Dessa forma, lucros devem ser contrabalançados com princípios como o da regularidade e continuidade do serviço, universalização, modicidade tarifária.

Por outro lado, a lei é expressa ao positivar o princípio do equilíbrio econômico-financeiro⁴¹, que para alguns possui, inclusive, matriz constitucional. Isso significa que o concessionário possui algumas garantias legais e contratuais que permitem a revisão contratual em caso de ocorrência de determinados eventos futuros, alguns previsíveis, outros não.

A fim de assegurar a equação econômica decorrente da proposta vencedora da licitação, a lei prevê os institutos do reajuste e da revisão tarifária. O reajuste anual busca recompor perdas inflacionárias que, como visto no tópico anterior, não são consideradas propriamente álea extraordinária. Essas são geralmente objeto das cláusulas relacionadas à revisão tarifária, mas tem se tornado comuns nas regulações setoriais a adoção do instituto da revisão não apenas para situações excepcionais, mas, inclusive, de forma periódica, em atenção ao fato de que a complexa gama de fatores – exógenos - incidentes sobre a prestação de um serviço público, ao longo do tempo, terminará por desequilibrar o contrato em favor de uma das partes.

Portanto, se o concessionário tem direito, em determinadas situações, a revisão contratual, é porque a concessão não corre por sua inteira conta e risco, o que, aliás, mostra-se uma solução saudável do legislador, já que, como visto na seção 1 deste texto, excesso de incertezas podem levar à inviabilidade de se firmar um contrato; da mesma forma, excesso de riscos, ainda que possam ser de alguma forma mensurados, tende a levar a um aumento da proposta por parte dos licitantes.⁴² Além disso, os contratos administrativos são reconhecidos como avenças de caráter comutativo e não aleatório.

Dessa forma, não se pode realisticamente advogar que todos os eventos que porventura possam ocorrer ao longo da concessão fiquem a cargo do contratado.

⁴⁰ Lei 8.987/95. “Art. 2º, I - Concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”.

⁴¹ Art. 9º (...) § 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

⁴² Nesse sentido, Perez alude ao princípio da modicidade tarifária como outro motivo para não se deixar com o concessionário todos os riscos de reverses do contrato. Do contrário, as tarifas ofertadas na licitação poderiam ser extremamente elevadas, na partida, onerando desnecessariamente os usuários, que estariam pagando, embutida na tarifa, a precificação de riscos imprevisíveis e não gerenciáveis pela concessionária. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

Merece menção, inclusive, que constitui princípio geral dos contratos⁴³ a regra *rebus sic standibus*”, conhecida como teoria da imprevisão, positivada, inclusive, no Código Civil.⁴⁴

Todavia, fato é que a Lei 8.987/95 não entra em maiores detalhes sobre que situações “*correm por conta e risco da concessionária*” e aquelas que, em ocorrendo, sustentam pleitos de revisão contratual para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Em algumas situações, complexas regulações setoriais têm buscado disciplinar o procedimento e os custos que serão ou não reconhecidos para efeitos de reconhecer-se direito à revisão do contrato. Merece destaque ainda que, sendo o fiel da balança, o instituto da revisão tarifária pode levar à redução das tarifas nas hipóteses em que, ao longo da execução do contrato, experimente-se redução nos custos da concessionária com a prestação do serviço ou outros fatores de aumento da lucratividade da concessão para além do que era previsto na equação econômico-financeira inicial.

5.3 Repartição de Riscos em Contratos de PPP

Profundas inovações foram trazidas ao tema da repartição de riscos em contratações da Administração Pública com a entrada em vigor da Lei 11.079/04, que trouxe o regime geral das parcerias público-privadas.⁴⁵

A lei não apresenta uma matriz de riscos a serem partilhados entre poder público e iniciativa privada, mas alude expressamente à necessidade de se adotar uma perspectiva objetiva no trato da questão. Ou seja, o legislador reconheceu que a complexidade das situações, e muitas vezes suas especificidades dependentes da obra e/ou serviço a ser contratado, sugerem que possa haver diferentes soluções para diferentes contratos em diferentes contextos.

Assim, em vários dispositivos da Lei 11.079/04 aparece uma diretriz ao poder público contratante de que faça constar da minuta de contrato – anexo integrante do edital de licitação – o rol dos riscos a serem suportados pelo contratado e daqueles que serão arcados pelo poder público ou pelos usuários, isto é, os que darão ensejo ao reequilíbrio do contrato. Merece destaque o fato de que até mesmo

⁴³ A aplicação dos princípios gerais da teoria dos contratos às avenças administrativas encontra expressa previsão no art. 54 da Lei 8.666/93.

⁴⁴ Código Civil. “Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação”. “Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação”. “Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato”.

⁴⁵ Especificamente sobre partilha de riscos em contratos de PPP, ver ZANCHIM, Kleber Luiz. *Contratos de parceria público-privada: risco e incerteza*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

riscos decorrentes de caso fortuito, fato do príncipe e força maior poderão ser objetivamente partilhados.⁴⁶

Conforme mencionado no início deste artigo, embora geralmente ligadas a situações de revés, incertezas também podem ser fonte de notícias positivas. Um exemplo foram as situações de redução do custo do capital ao longo dos anos 2000, fruto da estabilização monetária que se sucedeu ao Plano Real. Como consequência, as taxas de juros para financiamentos foram reduzidas. A Lei de PPPs estabelece expressamente que benefícios decorrentes de situações de crédito mais vantajosas deverão ser compartilhados com a Administração Pública, ou seja, com a sociedade.

6. Renegociação nos Contratos Administrativos

A repartição de riscos guarda uma relação inexorável com o tema da renegociação dos contratos administrativos em torno da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

Na teoria econômica dos contratos complexos e de longo prazo, a renegociação não é, em si, um problema: antes seria uma consequência inafastável da sua inerente incompletude já acima apontada. Como consequência, a doutrina contemporânea sustenta que, nos contratos relacionais, tão ou mais importantes do que as cláusulas substantivas, são as que estabelecem as formas de sua repactuação ao longo do tempo.

De fato, a teoria dos contratos relacionais sugere que, na redação dos contratos, seja priorizado antes o estabelecimento de regras claras sobre o processo de renegociação e preenchimento das suas inevitáveis lacunas do que uma preocupação em disciplinar detalhadamente as situações fáticas com que as partes poderão vir a se defrontar no futuro (tendo em vista os elevados custos de transação, conforme já acima abordado).⁴⁷ Também em decorrência de se tratar de relação duradoura, o histórico da relação contratual assume importância interpretativa, o que seria incompatível com a percepção neoclássica do contrato como elemento instantâneo e estanque. Emerge,

⁴⁶ “Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: (...) VI – repartição objetiva de riscos entre as partes; (...) Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: (...) III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária; (...) IX – o compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado”. Defende-se aqui a visão de que, mesmo no âmbito da Lei 8.666/93, estes riscos também podem ser incorridos pelo contratado. O que ocorre ali é que, na falta de previsão expressa, o desenho legal estatui que, salvo disposição contratual em sentido contrário, as consequências por tais eventos devem ser suportadas pela Administração Pública.

⁴⁷ SZTAJN, Raquel; ZYLBERSZTAJN, Décio; AZEVEDO, Paulo Furquim de. Economia dos contratos, *ob. cit.*, p. 110. Conforme esclarece Paulo Furquim de Azevedo, “embora sejam incompletos, contratos preveem que problemas não antecipados podem emergir, o que explica a inclusão de mecanismos que administrem os problemas esperados, mas desconhecidos” AZEVEDO, Paulo Furquim. Implicações da pesquisa histórica para a defesa da concorrência, *ob. cit.*, p. 11.

assim, a característica da flexibilidade como essencial à própria sobrevivência do contrato.⁴⁸

No entanto, essas características não se amoldam facilmente aos contratos administrativos. Antes o contrário; o princípio da vinculação ao instrumento convocatório – do qual a minuta do contrato é parte inerente – seria incompatível com a ideia de repactuação ao longo do tempo. Mesmo que regras procedimentais fossem previstas para essa revisão na minuta do contrato submetida à licitação, seria questionável que grandes afastamentos do seu teor inicial pudessem advir desses processos de renegociação sem que surtissem alegações de violação do princípio da vinculação ao edital ou mesmo do julgamento objetivo das propostas.

Nesse cenário, como julgar objetivamente propostas para contratos complexos e de longo prazo; portanto, cuja execução – tendo em vista a literatura sobre contratos incompletos – apresenta probabilidade de precisar ser repactuada ao longo do tempo?

Dadas essas dificuldades e o argumento apriorístico – no Brasil, inclusive, por sua força constitucional – de que a licitação constitui o meio adequado para contratações por parte do poder público, as renegociações são vistas com grande desconfiança por parte da sociedade e dos órgãos de controle dos atos administrativos.

Ainda assim, todavia, esse desconforto não afasta a realidade de que grande parte dos contratos administrativos sofre repactuações e aditivos ao longo de sua vigência. Dados do Banco Mundial apontam que cerca de 30% dos contratos de concessão na América Latina (1980-2000) foram renegociados⁴⁹ A percentual semelhante chegou Eduardo Fiúza que, analisando os contratos firmados por meio do Comprasnet entre 2002 e 2007, chegou a um total de 33,6% de renegociações.⁵⁰

Conforme acima mencionado, a repactuação não é, em si, um problema, nem pode ser tomada irrefletidamente como uma alegada medida de captura dos respectivos órgãos que as tenham autorizado. Podem ser legítimas decorrências da incompletude que é inerente aos contratos complexos e de longo prazo.

No entanto, dadas as restrições inerentes aos contratos administrativos, sendo a principal delas a necessidade de procedimento licitatório e a vinculação aos seus termos, deve-se observar que excessos de renegociações podem ter um efeito perverso nos incentivos dos licitantes a revelarem adequadamente as informações relevantes no momento da apresentação das suas propostas.

Se houver crença razoável no sucesso de posterior pedido de reequilíbrio sem grandes transtornos, é esperado que se reduzam proporcionalmente os cuidados inerentes ao proponente cauteloso. As majorações contratuais tendem a repercutir

⁴⁸ Conforme observa Rachel Sztajn, “flexibilidade” é a chave nos contratos empresariais que, aliás, precisam ser flexíveis para permitir adaptação das regras previstas pelos contratantes no início do negócio às cambiantes condições econômicas, de suprimento, demanda, concorrência, que se apresentam durante o pedido de execução do contrato, ou mesmo naquele interregno entre a celebração e a execução, quando diferida (...). *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 18.

⁴⁹ Segundo GUASCH, J. Luis. *Granting and renegotiating infrastructure concessions: Doing it right*. Washington: The World Bank, 2004, p. 81.

⁵⁰ FIUZA, Eduardo. *Licitações e governança de contratos: a visão dos economistas*. Disponível em http://www.en.ipea.gov.br/agencia/images/stories/q12_capt08_Fiuza.pdf. Acesso em agosto de 2012.

sobre os usuários (no caso de aumento de tarifas) e/ou sobre a sociedade como um todo (nas situações em que se incrementam as contraprestações públicas). Refletem-se ainda, na perda de uma chance dos demais licitantes que participaram do certame confiando em que não haveria repactuação ao longo da execução do contrato.

Dessa forma, parece haver certo consenso na procura de reduzirem-se as hipóteses para pleitos de renegociação contratual. Para esse fim, a repartição objetiva de riscos previstas na Lei 11.079/04 pode ser de grande valia, e será tratada em maiores detalhes no próximo tópico.

Em todo caso, nas hipóteses em que o risco não for alocado à concessionária, em sendo verificado, dará ensejo à revisão contratual para restabelecimento de seu equilíbrio. A esse respeito, destacamos que a repactuação não necessita incidir necessariamente sobre a tarifa ou a contraprestação pública (obrigações de desembolso), mas pode consistir na redução de exigências do poder concedente, tais como obrigações de investimentos, redução de índices de *performance* a que a concessionária tinha se obrigado nos termos do contrato, ou ainda se materializar por meio de extensão do prazo de vigência da concessão, entre outros instrumentos

7. Uma Via Possível: a Especialização da Divisão de Riscos

Os tópicos antecedentes buscaram mostrar, de um lado, a insuficiência das regras previstas na legislação em geral sobre partilha de riscos e, de outro, a utilidade em reduzirem-se as hipóteses de repactuação dos contratos administrativos ao longo do tempo.

Tem-se aventado que um maior detalhamento do contrato no que tange às espécies de riscos inerentes a um determinado objeto contratual, atrelados a cláusulas adequadas de incentivo a *performance*, pode contribuir para reduzirem-se as renegociações, que se incluem como custos de transação decorrentes dos contratos administrativos.

Uma primeira providência nesse sentido consiste na objetivação da especialização dos riscos. Ao invés de cláusulas genéricas, a legislação e o contrato devem enfrentar as situações específicas: a que riscos se sujeita o contrato em questão? Nessa pesquisa, deve-se atentar para o fato de que riscos podem ser de distintas espécies: riscos de mercado (como o de a demanda ser inferior ou superior à projetada), do poder público (como fatos do príncipe e mudanças legislativas), econômicos (câmbio, taxa de juros etc.), jurídicos (mudanças de orientação jurisprudencial, por exemplo), ambiental, geológico, desapropriações, de engenharia...⁵¹

A segunda providência consiste em adotar uma perspectiva objetiva quanto à análise desses riscos, a partir de duas questões principais: quem está em melhores condições de evitar que o risco se transmude em dano – e, na hipótese

⁵¹ A OCDE oferece a seguinte classificação: riscos técnicos ou de design, de construção, de qualidade e *performance* da infraestrutura construída quando for requisitada, de demanda, de operação, de pagamento por parte dos usuários, financeiros, políticos, ambientais e de força maior (OCDE, *ob. cit.*, pp. 125 e 126).

em que o dano ocorra, quem está em melhor condição de remediá-lo.⁵² Em grande medida, o que determina como essas posições jurídicas serão distribuídas deve vir de outras áreas do conhecimento – economia, administração, engenharia, arquitetura, estatística.

Além disso, algumas espécies de riscos – como, por exemplo, atraso na entrega de obras, *performance* do serviço aquém dos níveis de qualidade contratualmente estabelecidos – podem ser dissuadidos mediante mecanismos contratuais que prevejam expressamente a possibilidade de desconto de reequilíbrio em favor do poder público e/ou usuários do serviço. Podem-se também estabelecer mecanismos premiais, tais como adicionais por *performance* que estimulem o concessionário a, por exemplo, entregar a obra antes da data prevista e praticar índices de qualidade acima dos mínimos contratualmente exigíveis.

Uma vantagem dessa solução, que se tem vislumbrado de crescente adesão no país e no exterior, consiste na redução dos custos de transação: quanto mais detalhada a matriz de risco, menor esforço argumentativo e tempo necessitarão ser despendidos para a remediação do evento danoso quando ele ocorrer. Outra vantagem consiste em que, a partir dessa lista, poder-se-á averiguar a possibilidade de segurar referido risco, e qual das partes é capaz de contratá-lo a menor custo.

Por outro lado, a objetivação da matriz de risco tende a aumentar os custos da elaboração do contrato *ex ante*, pois tempo e recursos deverão ser despendidos na tentativa de listar eventos incertos que podem ocorrer durante a vigência de determinado contrato e, se possível, mensurá-los. Em seguida, deverá ser motivada a escolha por alocar esse risco ao poder público ou à concessionária.

A esse respeito, faz-se necessário racionalizar o mecanismo de descoberta e mitigação de riscos. Segundo a OCDE, previamente ao lançamento da licitação, o poder concedente deve: (i) definir claramente os objetivos pretendidos com a contratação; (ii) analisar a regulação existente aplicável ao tema; (iii) estruturar realisticamente o orçamento da contratação; (iv) estruturar a licitação de forma transparente; (v) emitir claro mandato à entidade reguladora, para que acompanhe a execução do contrato ao longo do tempo, dando-lhe as atribuições necessárias a que possa tomar as medidas legal e contratualmente previstas; (vi) capacitar o poder público na compreensão do objeto licitado; e (vii) elaborar mecanismos de submissão da celebração e execução do contrato a processos transparentes de *accountability* pelos *stakeholders*.

A experiência acumulada nessas contratações ao longo dos anos também permitirá a organização de parâmetros, *standards* e *guidelines* que possam auxiliar na redução do tempo de elaboração dos editais e minutas de contratos, bem como reduzir a necessidade de sua repactuação ao longo do tempo, dotando-lhe de instrumentos que permitam sua adaptação e preservação – ou seja, resiliência, frente a um ambiente em constante modificação. Possivelmente seja essa a resposta mais adequada à inerente incompletude dos contratos administrativos.

⁵² Nesse sentido, OCDE, *ob. cit.*, p. 128.

8. Conclusão

O presente artigo teve por objetivo apresentar a relevância do tema da alocação de riscos em contratos administrativos tendo em vista o interesse público que deve permear essas contratações.

Verificou-se, inicialmente, que os contratos administrativos de longo prazo e elevada complexidade, em cujo conjunto podem ser incluídas as concessões (comuns ou PPPs), enfrentam problemas relacionados a típicos contratos complexos: assimetria de informação entre as partes; relações de poder e dependência que se alteram na fase de elaboração e execução do contrato; problemas de risco moral, seleção adversa e *hold up*.

Buscou-se demonstrar a insuficiência da clássica divisão de riscos em áleas ordinária e extraordinária e, ainda, das normas quanto à sua repartição previstas nas Leis 8.666/93 e 8.987/95.

Verificou-se, em seguida, que a Lei 11.079/04 trouxe sensível inovação ao tratamento do tema nos contratos administrativos, ao estabelecer a objetivação da matriz de riscos em contratos de parcerias público-privadas. Essa solução tende a elevar os custos *ex ante* no desenho original da licitação e das minutas de contratos, mas é esperado que seja capaz de reduzir os custos de transação *ex post*, geralmente traduzidos em renegociações, sem termos pré-estabelecidos, para aditamentos contratuais visando repactuação do equilíbrio econômico-financeiro das concessões.

Trata-se, assim, de instrumento que parece atender às orientações doutrinárias do Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, quando professa que “...no torvelinho das mudanças que, por vezes, não nos é dado sequer captar seu sentido pleno, cabe-nos sempre a busca da melhor orientação científica, a mais razoável e a menos conflituosa, jamais ditada por simpatias políticas ou inclinações emocionais, mas pela firme convicção de que nosso Direito Administrativo deve e pode ser um instrumento de preservação da liberdade e de facilitação do desenvolvimento econômico e social”.

A repartição objetiva de riscos atende aos ditames de orientação científica e, se for pautada em critérios razoáveis e fruto da experiência, tende a reduzir os conflitos nas contratações administrativas, que são, na sua essência, instrumentos de uma Administração Pública mais consensual.⁵³

Bibliografia

AKERLOF, George. The market for lemons: quality uncertainty and the market mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 84, 1970.

⁵³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A globalização e o direito administrativo. In ____ (coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 562.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, FGV, v. 263, maio/ago. 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Ensaio sobre uma visão autopoietica do Direito Administrativo. *Revista da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do RS*, nº 7, Agosto 2004.

AZEVEDO, Paulo Furquim. *Implicações da pesquisa histórica para a defesa da concorrência: inferência a partir do caso CVRD e SAMITRI*. Disponível em http://www.abphe.org.Br/congresso2003/textos/Abphe_2003_97.pdf, acesso em 25.12.2005.

BELLANTUONO, Giuseppe. *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*. Milão: CEDAM, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Positivismo Jurídico – Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Saraiva, 2011.

COLANGELO, Giuseppe. *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti: un'analisi economica e comparata*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DIMOULIS, D.; DUARTE, Écio Oto (Org.). *Teoria do direito neoconstitucional. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*. 1. ed. São Paulo: Método, 2008.

FAGUNDES, Jorge. Assimetria de informação, risco moral e reputação: o caso COPEL. In: MATTOS, César (org.) *A revolução antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos*. São Paulo: Singular, 2003.

FIÚZA, Eduardo. *Licitações e governança de contratos: a visão dos economistas*. Disponível em http://www.en.ipea.gov.br/agencia/images/stories/q12_capt08_Fiuzza.pdf. Acesso em agosto de 2013.

FRANCO, Gustavo. *As leis secretas da economia*. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

FURUBOTN, Eirik G. Entrepreneurship, transaction-cost economics, and the design of contracts. In: BROUSSEAU, Eric; GLACHANT, Jean-Michel. *The economics of contracts: theories and applications*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

GHESTIN, Jacques. The contract as an economic trade. In: BROUSSEAU, Eric; GLACHANT, Jean-Michel. *The economics of contracts*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

GUASCH, J. Luis. *Granting and renegotiating infrastructure concessions: Doing it right*. Washington: The World Bank, 2004.

HARRIS, Donald e VELJANOVSKI, Cento. The use of economics to elucidate legal concepts: The Law of Contract. In: DAINTITH, Terence e TEUBNER, Gunter. *Contract and organisation – legal analysis in the light of economic and social theory*. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1986.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 3ª Ed. São Paulo: Perspectiva, 1992.

JUSTENFILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2010.

MONTORO FILHO et al. *Manual de economia dos professores da USP*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A globalização e o direito administrativo. In ____ (coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NÓBREGA, Marcos. Riscos em projetos de infraestrutura: incompletude contratual; concessões de serviços públicos e PPPs. *Revista eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, IBDP, n. 22, maio/junho/julho de 2010.

OCDE/ITF. Risk-sharing in public-private partnerships. In *Transport Infrastructure Investment: Options for efficiency*. OCDE, 2008.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle*. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, caderno 01, 1997.

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

RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.

STIGLER, George. Theory of economic regulation. *Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 1, primavera de 1971, pp. 3-21.

STIGLER, George. Teoria da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo (coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: 34, 2004.

SZTAJN, Raquel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. São Paulo: Atlas, 2004.

SZTAJN, Raquel; ZYLBERSZTAJN, Décio; AZEVEDO, Paulo Furquim de. Economia dos contratos. In ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Raquel. *Direito e Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

WILLIAMSON, Oliver. Por que direito, economia e organizações? In: ZYLBERSZTAJN, Décio e SZTAJN, Rachel. *Direito e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

ZANCHIM, Kleber Luiz. *Contratos de parceria público-privada: risco e incerteza*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.