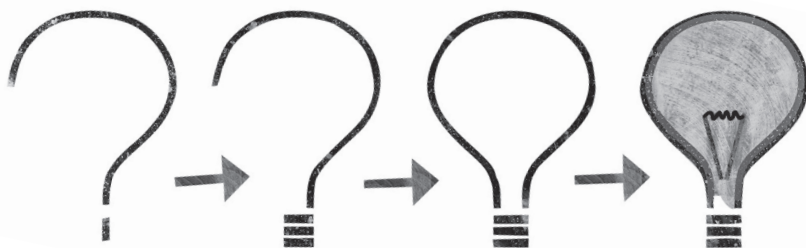


Organizador:
MARCOS NÓBREGA



Um olhar
**ALÉM
DO ÓBVIO**

**Temas Avançados de LICITAÇÕES
E CONTRATOS NA LEI 14.133/21
e outros assuntos**

3ª Edição

2025

CAPÍTULO 4

INCOMPLETUDE CONTRATUAL E REEQUILÍBRIO NO ÂMBITO DO DIREITO ADMINISTRATIVO: POR QUE OS CONTRATOS NÃO SE COMPORTAM COMO O DIREITO IMAGINA?

Marcos Nóbrega¹

Pedro Dias de Oliveira Netto²

SUMÁRIO

1. Noções preliminares sobre os contratos – 2. Teoria dos contratos incompletos e os desafios inerentes aos contratos administrativos – 3. Considerações finais – Referências.

1. NOÇÕES PRELIMINARES SOBRE OS CONTRATOS

O contrato enquanto instrumento jurídico passou por muitas transformações ao decorrer da história, podendo ser compreendido

-
1. Professor Adjunto de Direito da Faculdade de Direito do Recife (UFPE), Doutor em Direito (UFPE), Visiting Scholar na Harvard Law School, Harvard Kennedy School of Government e Massachusetts Institute of Technology (MIT). Conselheiro Substituto do Tribunal de Contas de Pernambuco (TCE-PE). Pesquisador Visitante OCDE – Paris.
 2. Advogado. Doutor em Direito (UFPE).

mediante diversas perspectivas influenciadas por questões econômicas, sociais e políticas.

Uma das fontes materiais mais importante para a compreensão histórica dos contratos foi o direito romano, que exerceu grande alcance sobre o ordenamento jurídico ocidental, sobretudo no âmbito dos contratos concernentes ao direito civil.

Os romanos foram bastante formalistas na definição de rígidos procedimentos para as contratações, em especial, até a época da República (27 a.C.). A obrigação entre os indivíduos nascia pelas palavras, na forma estabelecida pela lei, mas não por todo documento escrito, haja vista a necessidade de serem observados os requisitos prescritos pelo Direito³. Os contratos não poderiam existir sem uma forma⁴ que permitisse a sua exteriorização, o direito romano não compreendia o significado de direito subjetivo, pois a obrigação pactuada nasceria do elemento objetivo.

Foi apenas por meio da Codificação de Justiniano (século VI) que a vontade das partes ganhou um maior destaque em relação às formalidades excessivas, de modo que a obrigação passa a existir através do acordo de vontades, mas sem prescindir a observação de certas formalidades.

Com a queda do Império Romano, em 476 d. C., e a chegada da Idade Média, passa a ser acentuado o sentido obrigatório⁵ do

-
3. SILVA, Ariadna Fernandes; ROCHA, Maria Vital da. A noção de contrato do Direito Romano à contemporaneidade: uma análise evolutiva do sistema contratual moderno. *Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva*, Maranhão, v. 3, n. 2, p. 01-22, jul./dez. 2017, p. 4-5.
 4. Ariadna Fernandes Silva e Maria Vital da Rocha expõem que os contratos poderiam ser divididos em três categorias: “*litteris*, que obrigavam a inscrição material no livro do credor; *re*, os que precisavam da tradição da coisa; e *verbis*, que necessitavam apenas da troca de expressões orais estritas, tinham uma função religiosa e prática. Nessas categorias, o credor poderia fazer uso de uma ação para exigir o cumprimento da obrigação avençada, pois o Direito Romano não compreendia o significado de direito subjetivo, tal como se tem hoje, concebia apenas a ideia de *actio*”. (SILVA; ROCHA, op. cit., p. 4).
 5. O princípio da obrigatoriedade contratual se refere ao fato de que todo contrato livremente pactuado deve ser cumprido pelas partes, sob pena de execução

contrato, os costumes mercantis simplificam os procedimentos contratuais, atribuindo força obrigatória às manifestações de vontade, porém sem adotar formalidades excessivas⁶.

Mais adiante no tempo, por meio da doutrina nascida do Estado liberal, em período posterior à Revolução Francesa e à queda dos Estados absolutistas, a concepção dos contratos também se preocupava na ênfase de questões meramente formais para que o negócio jurídico estivesse revestido dos requisitos da existência, validade e eficácia.

Ao versar sobre a análise estruturalista do contrato no modelo de Estado Liberal, Arthur Pinheiro Basan destaca que a atenção dos contratantes era voltada à preservação e ao cumprimento da autonomia da vontade, sendo que a essencialidade do objeto contratado era revestida de pouca relevância. Consoante aduz o autor, os fundamentos principais das relações contratuais estavam inseridos em um contexto de liberdade contratual ampla e da obrigatoriedade dos efeitos contratuais⁷.

O instituto dos contratos, considerando as suas características no contexto do Estado liberal, não era concebido como um instrumento apto para reduzir as desigualdades concretas que surgiam diante da celebração de negócios. É dizer, as vontades das partes nem sempre eram reais, isso porque, por vezes, os contratos refletiam as preferências da parte que possuía maior poder econômico e informações privilegiadas.

Em substituição ao contexto do liberalismo estatal, ganha força entre os países o modelo conhecido por Estado do bem-estar social (*welfare State*), ou Estado positivo, ou Estado keynesiano⁸,

forçada. Daí surge o termo em latim *pacta sunt servanda*, que está relacionado à exigência do cumprimento da obrigação.

6. SILVA; ROCHA, op. cit., p. 6.

7. BASAN, Arthur Pinheiro. O contrato existencial: análise de decisão judicial que assegura a sua aplicação. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBD Civil*. Belo Horizonte, v. 7, p. 9-28, jan./mar. 2016, p. 12-13.

8. Diante deste cenário de crises, em 1936, foi publicada a obra “Teoria geral do emprego, do juro e da moeda”, por John Maynard Keynes, cujas principais teorias

com grandes referências à Constituição Mexicana de 1917 e à Carta Alemã de Weimar.

No cenário do Estado de bem-estar social, se deu início a uma ampliação de diversos setores da sociedade, inclusive, no âmbito dos contratos, que passam a ser concebidos em termos não exclusivamente econômicos, mas também sociais, pois as obrigações decorrentes dos contratos não valem apenas para os interesses das partes envolvidas diretamente, mas interessam à sociedade que permaneça a proteção das situações objetivamente geradas diante dos prováveis impactos advindos.

Desse modo, o direito contratual adquire uma nova roupagem de princípios, mas sem abandonar os preceitos clássicos do período liberal, dos quais podem ser destacados os princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio contratual e da função social do contrato. Os contratos encontram-se inseridos em um pluralismo de princípios, seja de natureza econômica, seja de natureza social. É por meio da análise do caso em concreto que devem ser definidas as aplicações dos princípios preponderantes⁹.

Interessante, por oportuno, mencionar o posicionamento de Daniela Vasconcellos Gomes quando se refere ao papel do princípio da equivalência material dos contratos, o qual busca a efetiva simetria entre as partes quando a igualdade jurídico-formal se mostrar insuficiente para garantir o equilíbrio das prestações nos contratos.

Para a autora, esse princípio adquire grande importância na teoria dos contratos, pois a equivalência material pretende harmonizar os interesses das partes envolvidas, realizando o equilíbrio

influenciaram as medidas de recuperação econômica dos EUA, sendo empreendidas pelo presidente norte-americano Roosevelt no programa governamental do *New Deal*. As ideias capitaneadas por Keynes ofereceram um claro argumento para a intervenção estatal na economia, principalmente pela utilização da política fiscal.

9. BASAN, op. cit., p. 14.

real das prestações em todo o processo obrigacional, de modo que há certa relativização do princípio clássico do *pacta sunt servanda*¹⁰.

No âmbito do direito público, o contrato administrativo se fez primeiramente caracterizado no direito francês, mediante o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial do Conselho de Estado, que pretendeu estabelecer balizas para a definição dos contratos de concessão de serviço público.

Nesse sentido, o conceito clássico dos contratos de concessões, verificado no período pós-absolutismo, remete ao julgamento do caso *Gaz de Bordeaux*, de 1916, no qual o Conselho de Estado da França almejou delimitar o que, de fato, consistiria na concessão de serviço público.

Para ser caracterizada uma concessão, o Conselho de Estado¹¹ estabeleceu que precisaria existir um ato denominado de “contrato de concessão”, pelo qual o Poder concedente encarregará outra pessoa, física ou jurídica, o concessionário, para gerir e fazer funcionar por sua conta e risco o serviço público, mediante o recebimento de tarifas dos usuários. Esta definição se disseminou perante outros Estados que assimilavam as teorias do ordenamento jurídico europeu continental¹².

Consoante a corrente desenvolvida pela Escola de Serviço Público de *Bordeaux*, cujo um dos principais integrante foi León Duguit, o Estado não seria caracterizado apenas por atos típicos da

10. GOMES, Daniela Vasconcellos. Os princípios da boa-fé e da função social do contrato e a teoria contratual contemporânea. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, n. 26, abr./jun. 2006, p. 97-98.

11. A decisão, na versão original, do Conselho de Estado: “*La concession est un mode de gestion résultant d'un acte, appelé 'contrat de concession', par lequel une personne administrative (le concédant) charge une autre personne, physique ou morale, privée ou parfois publique (le concessionnaire), de gérer et de faire fonctionner à ses frais et risques un service public, moyennant divers avantages, ET notamment la perception de redevances sur les usagers*”.

12. PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 58.

soberania, pois a atuação estatal também estaria vinculada ao dever de prestação de serviços públicos¹³.

Daí que se faz possível conceituar a concessão como um arranjo contratual celebrado com o particular para exercer uma atividade econômica reconhecida como serviço público, cujo contrato administrativo seria o instrumento apto a conferir ao particular um conjunto de direitos e obrigações, inclusive, para resguardar a continuidade do serviço público fornecido, assim como garantir o equilíbrio econômico-financeiro previsto.

Eduardo García de Enterría¹⁴ destaca que o desenvolvimento das características do contrato de serviços públicos necessita de um regime jurídico especial, que está inserido na seara do direito administrativo. Esses contratos, na medida em que estão vinculados à operação de serviços públicos, não são verdadeiros contratos de direito civil, mas sim figuras institucionais pertencentes ao direito administrativo.

Há de se destacar que algumas das distinções entre o contrato administrativo e o contrato civil decorre das prerrogativas típicas em favor do ente público, tal como a possibilidade de rescisão unilateral do contrato e a impossibilidade de invocar *exceptio non adimpleti contractus*, que não caberiam nos moldes dos contratos civis e que, portanto, impõem uma figura institucional diferente.

Os contratos administrativos, conforme se pode extrair das lições de Hartmut Maurer, podem ser classificados em dois tipos: contratos jurídicos-coordenadores e contratos jurídicos-subordinativos. O jurídico-coordenativo é o contrato celebrado entre partes contratantes da mesma categoria, isto é, entre titulares da

13. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Uber, Whatsapp, Netflix: os novos quadrantes da publicatio e da assimetria regulatória*. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 18.

14. ENTERRÍA, Eduardo García de. La figura del contrato administrativo. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 41, p. 99-130, 1963, p. 108.

administração pública. Por outro lado, o jurídico subordinativo é, ao contrário, o contrato entre partes que se encontram em uma relação de sobreposição-sotoposição, entre a administração e o cidadão, ou outra pessoa jurídica subalterna à administração, do outro¹⁵.

O contrato jurídico-subordinativo, por certo, adquire maior relevância, haja vista que ele está inserido na relação cidadão-estado. Hartmut Maurer caracteriza o contrato administrativo como um instrumento de regulação necessário e legítimo da administração pública. O contrato possibilita uma administração flexível e, principalmente, possibilita que o cidadão seja visto como sujeito de direito e parte da atividade administrativa, participando do cotidiano do ente público¹⁶.

Essa é, por assim dizer, a matriz “clássica” dos contratos administrativos. No entanto, esses postulados estão centrados em uma visão que remonta ainda ao século XVII com a mecanicista ideia de equilíbrio e no século XIX, no qual os alicerces dos teóricos do contrato administrativo foram formatados em França e são consignados pelas irrealistas hipóteses da racionalidade absoluta, da simetria de informação e da completude contratual.

Nesse contexto, um ponto sensível da análise contratual é a análise da natureza, do alcance e as perspectivas do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, sobretudo aqueles contratos mais complexos, tal como os contratos de concessão de serviço público e as parcerias público-privadas.

Ao decorrer do presente artigo, buscar-se-á debater o fato de os contratos administrativos de longo prazo serem, deliberadamente, incompletos e relacionais, ou seja, pretendendo demonstrar que há uma intrínseca correlação de incentivos entre as partes contratantes.

15. MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Barueri: Manole, 2006, p. 414-415.

16. MAURER, op. cit., p. 425.

Os contratos compreendidos como relacionais, consoante nos explica Vinícius Klein¹⁷, tiveram sua base construída por Ian Macneil. O cerne de um contrato relacional consiste nas relações continuadas, nas quais haverá a necessidade de uma cooperação efetiva entre os contratantes. A teoria relacional busca analisar o contexto fático de cada relação contratual de forma conglobante, não se restringindo a aferição de transações individualmente consideradas¹⁸. Assim, as partes, durante da execução contratual, e diante do passar do tempo vão mudando suas expectativas estratégicas, conforme adquirem mais experiência e informação. Isso determina a necessidade (e utilidade) de diálogo permanente entre as partes e a perspectiva de renegociações frequentes para alinhar os interesses e expectativa das partes. O caráter relacional do contrato determina um novo olhar sobre o contrato administrativo. Os cânones clássicos ainda apontam a ideia de que no contrato administrativo a vontade das partes é antagônica. Ora, se assim fosse, tal contrato, economicamente, não poderia nem poderia prosperar. Não se trata de avença estanque, marcada pela vontade férrea estabelecida quando de sua celebração. O contrato é instrumento dinâmico porque as condições econômicas e políticas (o chamado “estado de natureza” para os literatura sobre tema) muda a todo instante. Quanto mais alinhados estiverem os incentivos das partes mais chances de avença ser levada a bom termo.

17. KLEIN, Vinícius. *A economia dos contratos na teoria microeconômica*: uma análise a partir do realismo crítico, 290 f. Tese de Doutorado em Economia – Setor de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2013, p. 205.

18. Ao se referir aos postulados de Ian Macneil para que uma teoria contratual possa ser considerada relacional, Vinícius Klein destaca que: “1) toda a transação está incrustada num complexo de relações; 2) a compreensão de qualquer transação depende da compreensão dos elementos essenciais das relações que a cercam; 3) uma análise efetiva de qualquer transação requer a identificação e a consideração das relações que a cercam e podem afetá-la de forma significativa; 4) a combinação contextual das relações e da transação é mais eficiente e produz um resultado final mais completo e analiticamente mais preciso do que uma a partir de uma análise não contextualizada da transação.” (KLEIN, op. cit., p. 207).

Além disso, na seara dos contratos administrativos, a indissociável incompletude contratual exerce um grande papel durante toda a vida útil de um projeto. As elevadas despesas e a complexidade em sua estruturação necessitam que o Poder Público pondere diversos fatores que podem favorecer para uma economia dos recursos públicos e melhor eficiência na execução do serviço. Pois é certo que quanto mais custoso for o processo de elaboração do projeto, esses custos serão absorvidos e, em grande parte, serão repassados durante as propostas na fase de licitação pública.

Destarte, não se pode deixar de considerar que, provavelmente, há algo incerto na forma como lidamos com boa parte dos contratos administrativos de longo prazo, em particular, quando estivermos diante dos casos em que seja necessário reequilibrarmos os contratos.

2. TEORIA DOS CONTRATOS INCOMPLETOS E OS DESAFIOS INERENTES AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

O estudo acerca dos aspectos econômicos dos contratos deve ser compreendido como fundamental para estruturar e elaborar melhores escolhas e contratações. As inúmeras formas de governança e de instituições podem resultar em diferentes medidas a serem adotadas na celebração de um contrato. Desse modo, se pode evidenciar a contribuição das teorias econômicas contratuais para os distintos contextos e complexidades envolvidos na coordenação e planejamento, por exemplo, de contratos de longo prazo.

Um ponto de partida para analisarmos a *rationale* econômica da incompletude contratual é perceber como a concepção clássica de contrato está fiada na ideia de equilíbrio, tendo a teoria do equilíbrio-geral uma grande importância para a concepção clássica dos contratos. Como bem evidenciado por Vinícius Klein¹⁹, essa teoria

19. KLEIN, Vinícius. *A economia dos contratos na teoria microeconômica*: uma análise a partir do realismo crítico, 290 f. Tese de Doutorado em Economia – Setor

adota contornos de que o contrato se trata de uma mera formalidade, os bens e as contingências têm a capacidade de serem descritos de forma perfeita e completa, assim como as partes envolvidas na relação contratual são dotadas de racionalidade ilimitada e as transações ocorreriam a custo zero.

O modelo de equilíbrio-geral é identificado como um contrato Arrow-Debreu, teoria desenvolvida em meados da década de 1950, cuja principal característica é a defesa da compreensão de que as relações contratuais sempre seriam perfeitas, não subsistindo qualquer lacuna ou omissão no contrato. As partes compreenderiam todas as informações recebidas de forma livre e inteligível.

A existência de um cenário otimizado²⁰ faz com que as partes não se preocupem em auferir vantagens sobre as outras. Não haveria, portanto, a propensão de se utilizar de informações privilegiadas, em última instância, desconsiderando o problema do *hold up*. Daí que as partes envolvidas teriam uma pré-disposição em encontrar a solução mais eficiente para os contratos, visando maximizar a sua utilidade.

Ronald Coase, em sua obra *the Firm, the Market, and the Law*, foi um dos primeiros a anunciar a ideia de que a existência de custos de transação no mercado justifica a estruturação de vários mecanismos de organização em uma economia descentralizada, em especial, a coordenação hierárquica entre firmas.

Interessante, nesse momento, referir-se ao entendimento exposto pelo autor que, ao analisar a temática dos custos de transação, entende que o problema é uma consequência da indefinição dos direitos de propriedade, mas não de uma necessária regulação estatal.

de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2013, p. 115.

20. Na teoria clássica, os agentes são maximizadores de sua utilidade, submetidos a algum tipo de restrição orçamentária. Ocorre, no entanto, que o pressuposto de agentes maximizadores é falho, pois os agentes econômicos reais se afastam do modelo padrão clássico.

Adotando certo pragmatismo em sua pesquisa, Ronald Coase afirma que, para reduzir os custos de transação, se faz necessário que os direitos de propriedade sejam bem definidos, revestidos de densidade suficiente, e bem determinados pela lei, para permitir que as negociações alcancem uma alocação eficiente do bem-estar social.

Em uma hipotética situação em que não exista qualquer custo de transação, considerando um fortalecimento do direito de propriedade, Coase defende que as demais imperfeições do mercado poderiam ser solucionadas diretamente pelas partes negociantes²¹.

De há muito, a Escola de Chicago, capitaneada por nomes como Ronald Coase, Richard Posner e Gary Becker, passou a influenciar bastante a teoria dos contratos, mediante o desenvolvimento da análise econômica do direito, com a finalidade de apresentar luz sobre várias implicações de diversas áreas do direito para a definição de eficiência. Ao tratar sobre o tema, Sugata Bag²² frisa que, em regra, para um economista o contrato trata-se de um acordo mediante o qual as partes assumem compromissos recíprocos embasados com o seu comportamento. O contrato, portanto, seria uma especificação das ações que as partes devem realizar em momentos diferentes durante um determinado tempo, de modo que atenda dois pressupostos: ações e condições.

Já para um jurista, realça o autor, o contrato se considera completo se: primeiro, as partes puderem redigir suas cláusulas, especificando as ações para cada uma das partes, assim como cada uma das contingências prováveis ou imagináveis que possam surgir e, como segundo requisito, se os tribunais puderem aplicá-las sem custos²³.

21. RONALD, Coase. The Problem of Social Cost. *The Journal of Law & Economics*, Chicago, vol. 3, p. 1-44, out. 1960. Disponível em: <https://www.law.uchicago.edu/files/file/coase-problem.pdf>. Acesso em: 2 de maio de 2022.

22. BAG, Sugata. *Economic analysis of contract law: incomplete contracts and asymmetric information*. Londres: Palgrave Macmillan, 2018, p. 2.

23. BAG, op. cit., p. 5.

Atualmente, mediante a contribuição de *scholars* multidisciplinares, se faz possível destacar três modelos que se complementam e dominam o campo da teoria dos contratos, quais sejam a teoria dos incentivos (TI); a teoria dos contratos incompletos (TCI) e a teoria dos custos de transação (TCT)²⁴.

Não obstante, ainda que as teorias detenham características de complementariedade para a análise dos contratos, se faz importante delimitar nossa abordagem para a discussão acerca da teoria dos contratos incompletos, pois, como pretendemos demonstrar, os contratos administrativos de longo prazo, especialmente de infraestrutura, se encontram inseridos em um cenário de incompletude por sua própria natureza.

Conforme já mencionado, o modelo clássico de equilíbrio-geral dos contratos, preponderante até a década de 1970, pressupõe que os agentes são dotados de racionalidade substancial. Eles possuem uma ampla capacidade de análise sobre a estrutura com as quais estão confrontados e uma capacidade de cálculo infinita, assim como uma completa ordenação de preferências.

Daí que, quando se diz que a informação é completa, o modelo clássico não se refere à hipótese de que os agentes detêm conhecimento de tudo, muito menos prever o futuro, **mas pressupõe que eles conhecem a estrutura de todos os problemas com os quais estarão confrontados**. Os agentes imaginam, mediante critérios mais eficientes, que soluções com base em diferentes estados de natureza e probabilidades podem determinar que determinado evento ocorra.

No entanto, não podemos nos esquecer que os contratos observados nos casos em concreto, muitas vezes, não especificam o que deve acontecer em diversas contingências e, também, nem sempre há uma alocação residual para fornecer a cada parte contratante os incentivos necessários para as situações não previstas. Os

24. BROUSSEAU, Eric e GLACHANT, Jean-Michel. *The Economics of Contracts: Theory and Applications*. Cambridge, 2002. Cambridge University Press.

contratos são elaborados com lacunas, incompletos, principalmente quando o relacionamento entre as partes deve envolver um prazo longo. Nesse caso, a incompletude contratual pode ser traduzida como uma lacuna técnica.

Para a teoria dos contratos incompletos, sob o plano hipotético, também é semelhante à teoria neoclássica, isso porque pressupõe que os agentes possuem uma racionalidade plena, mas parte da ideia de que uma contratação completa é impossível. Nesse ponto, o framework não é tão importante, senão a incapacidade de um terceiro detectar o estado real das coisas.

Essa teoria não concentra sua atenção em eventual assimetria entre as partes, mas sim na incapacidade de um terceiro envolvido, que pode se tratar de um agente de órgão de controle, de um juiz, por exemplo. A incerteza surge, então, porque o terceiro deverá compreender o contrato com base em variáveis não descritas, desconhecendo o grau de informações dos contratantes. Daí que, como o nível de informação é baixo *ex ante*, deverá ser buscada a eficiência *ex post* pelas constantes renegociações contratuais. Nesse quadrante, como observa Rafael Véras²⁵, há um consenso de que, nesses contratos, sempre existirá grande imprevisibilidade, seja nos custos operacionais e de manutenção no longo prazo, seja no que respeita às expectativas de recebíveis do projeto (atrelados, sobretudo, ao risco de demanda, notadamente em projetos *greenfield*). E conclui que a própria existência dessas incertezas deve ser considerada para o fim de trazer opções de flexibilidade nesses contratos.

Esse terceiro é um dos personagens-chave na teoria dos contratos incompletos. Como é bem destacado por Bruno Deffains e Samuel Ferey²⁶, a verdadeira fonte de incompletude diz

25. FREITAS, Rafael Véras de. Regulação por contratos de concessão em situações de incerteza. *Interesse Público - IP*, ano 23, n. 125, p. página inicial-página final, jan./ fev. 2021.

26. DEFFAINS, Bruno; FERREY, Samuel. *Analyse économique du droit et théorie du droit: perspectives méthodologiques*, 2010, p. 104. Disponível em: <<http://www>.

respeito a dois elementos fundamentais: a indescritibilidade e a inverificabilidade.

No aspecto da indescritibilidade, temos a percepção inicial de que os contratos detêm a característica da incompletude por conta dos elevados custos para redigir cláusulas para todos os estados futuros possíveis e, assim, impossibilitando a atribuição a qualquer acontecimento futuro uma ação das partes.

A ideia de indescritibilidade foi gradativamente sendo substituída pela noção da inverificabilidade. Assim, uma vez ocorrida uma contingência, esta poderia ser observável por ambas as partes contratantes, mas não seria verificável por um terceiro em caso de conflito. Um juiz, um agente público do órgão de controle, ou até mesmo um árbitro extrajudicial, não necessariamente teriam a habilidade de verificar as cláusulas contratuais, nem mesmo a atual situação do estado de natureza do contrato²⁷.

Destarte, a grande questão envolvida diz respeito à possibilidade ou não de renegociar o contrato uma vez que a contingência imprevista tenha ocorrido. As partes podem ter interesse em renegociar o contrato, mas assim que os envolvidos anteciparem essa renegociação direta, seu comportamento poderá ser modificado de forma oportunista, abrindo a possibilidade de atrasos em investimentos específicos para a continuidade do contrato.

Nesse cenário, doutrinadores como Grossman, Hart e Moore desenvolvem uma teoria voltada para a atribuição de direitos residuais de tomada de decisão para uma das partes no âmbito da incompletude do contrato. Portanto, a forma de se proteger dos comportamentos oportunistas vinculados à renegociação contratual é ceder um direito residual de controle a uma das partes, considerando que, ao analisar e decidir questões complexas do contrato objeto da renegociação, o terceiro julgador possa se comportar de forma

gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2014/07/07-24-RF.pdf>. Acesso em: 2 de maio de 2022.

27. DEFFAINS; FERREY, op. cit., p. 105.

ineficiente e discricionária sem, no entanto, ter conhecimento suficientemente adequado para compreender as relações complexas envolvidas no caso em concreto²⁸.

Em sentido semelhante, Thierry Kirat²⁹ expõe que a teoria econômica sugere a existência de um “direito de comando residual” juridicamente estabelecido diante de uma situação imprevista. **Em contratos públicos, esse poder residual geralmente ficaria atribuído para a administração pública, de modo que se pode conceber as cláusulas exorbitantes como decorrente não apenas sob a ótica da supremacia do interesse público sobre o interesse particular, mas também pelo fato da existência da incompletude do contrato e da alocação residual de direitos.**

Essas noções de incompletude são importantes para entendermos como poderá se dar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de longo prazo. Tradicionalmente, o que está por trás da ideia de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos complexos é o mantra de reequilibrá-los buscando o equilíbrio que fora estabelecido no momento quando se deu a celebração da avença. Diante de inevitáveis desequilíbrios durante a execução contratual, esse pressuposto do equilíbrio se coaduna com uma visão neoclássica da relação contratual, mas muitas vezes é insuficiente e incapaz de captar todas as dimensões e dinâmicas durante os anos de vigência da relação.

Há uma série de razões para desacreditarmos a economia neoclássica e seu corolário de reequilíbrio econômico dos contratos como adequada para os contratos complexos. Em primeiro plano, a economia neoclássica padrão exclui a hipótese de agentes interdependentes, ou seja, os agentes são independentes e tomam decisões sem considerar as ações dos outros agentes. Assim, a economia neoclássica acredita na hipótese dos agentes perfeitamente

28. DEFFAINS; FEREY, op. cit., p. 107.

29. KIRAT, Thierry. *Economie et droit contrat administratif*. Paris: La Documentation Française, 2005, p. 67.

informados que podem maximizar suas utilidades em completo isolamento, sendo dependentes apenas de um tipo de fator externo, basicamente o vetor preço.

Esse caso não pode prosperar em contratos de longo prazo e relacionais. As partes contratantes tomam decisões baseadas na quantidade de informações que possuem e levando em consideração as informações que vão adquirindo sobre as estratégias da outra parte durante a execução do contrato. Logo, em um contrato de longo prazo e relacional, as partes possuem uma interdependência estratégica e tomarão decisões baseadas em um aprendizado sequencial bayesiano .

Ao analisarmos os contratos administrativos, observa-se que estão inseridos em um regime jurídico de direito público, envolvidos por prerrogativas e características próprias para a sua celebração, execução, fiscalização ou rescisão. Albergados pelo art. 37, XXI, da Constituição de 1988, os contratos têm como pressuposto a ideia central de *pacta sunt servanda*, ou seja, que o pacto originalmente celebrado entre as partes deve ser preservado ao longo da execução contratada. Em outras palavras, busca-se reequilibrar o contrato para o momento $T=0$.

No entanto, a interpretação ao preceito constitucional, no sentido de que deve ser “mantida as condições efetivas da proposta”, não deve ser interpretada de forma literal quando estivermos diante de contratos de longa duração, contratos mais complexos, como são os contratos de concessão de serviços públicos ou de parcerias público-privadas. A interpretação estritamente literal é facilmente implementada no âmbito dos contratos administrativos de menor complexidade e de curta duração. Razão pela qual, como assevera Rafael Véras³⁰, por exemplo, “a aplicação da Teoria da Imprevisão é um exemplo saliente disso. O seu trespasse irrestrito para os

30. FREITAS, Rafael Véras de. Incompletude em contratos de concessão: ainda a Teoria da Imprevisão?. Revista de Contratos Públicos - RCP, ano 10, n. 17, p. página inicial-página final, mar./ ago. 2020.