

Incompletude contratual e reequilíbrio no âmbito do Direito Administrativo: por que os contratos não se comportam como o Direito imagina?

Marcos Nóbrega

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor adjunto de Direito da Faculdade de Direito do Recife da UFPE. *Visiting scholar* na Harvard Law School, na Harvard Kennedy School of Government e no Massachusetts Institute of Technology (MIT). Conselheiro Substituto do Tribunal de Contas de Pernambuco (TCE-PE). Pesquisador visitante da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), Paris.

Pedro Dias de Oliveira Netto

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Advogado.

Resumo: O artigo tem como objetivo debater sobre a teoria dos contratos incompletos no âmbito do Direito Administrativo. Os contratos contemporâneos estão envolvidos em um ambiente econômico bastante complexo e necessitam da interpretação de termos técnicos cada vez mais sofisticados. Buscou-se demonstrar que os contratos administrativos de longo prazo são relacionais e incompletos, necessitando de uma ressignificação de conceitos tradicionais, para se compreenderem melhor os impactos na execução e na renegociação dos contratos.

Palavras-chave: Teoria dos contratos incompletos. Contratos administrativos. Reequilíbrio econômico.

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 contratos¹

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

¹ Gostaríamos de agradecer a Rafael Veras e Rafael Martins pela leitura do texto e por importantes contribuições. Os eventuais equívocos cometidos no texto são, por óbvio, responsabilidade dos autores.

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 Direito.² Os contratos não poderiam existir sem uma forma³ 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 da 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 obrigatório⁴ do contrato, os costumes mercantis simplificam os procedimentos contratuais, atribuindo força obrigatória às manifestações de vontade, porém sem adotar formalidades excessivas.⁵

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

² 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. 1-22, jul./dez. 2017. p. 4-5.

³ 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).

⁴ O princípio da obrigatoriedade contratual se refere ao fato de que todo contrato livremente pactuado deve ser cumprido pelas partes, sob pena de execução forçada. Daí surge o termo em latim *pacta sunt servanda*, que está relacionado à exigência do cumprimento da obrigação.

⁵ SILVA; ROCHA, op. cit., p. 6.

em um contexto de liberdade contratual ampla e da obrigatoriedade dos efeitos contratuais.⁶

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 Keynesiano,⁷ 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 preponderantes.⁸

Interessante, por oportuno, mencionar o posicionamento de Daniela Vasconcelos 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.

⁶ BASAN, Arthur Pinheiro. O contrato existencial: análise de decisão judicial que assegura a sua aplicação. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 7, p. 9-28, jan./mar. 2016. p. 12-13.

⁷ Diante desse 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 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.

⁸ BASAN, op. cit., p. 14.

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 real das prestações em todo o processo obrigacional, de modo que há certa relativização do princípio clássico do *pacta sunt servanda*.⁹

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, onde o Conselho de Estado da França almejou delimitar o que, de fato, consistiria na concessão de serviço público.

Para ser caracterizada como uma concessão, o Conselho de Estado¹⁰ estabeleceu que precisaria existir um ato denominado de “contrato de concessão”, pelo qual o 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. Essa definição se disseminou perante outros Estados que assimilavam as teorias do ordenamento jurídico europeu continental.¹¹

Consoante a corrente desenvolvida pela Escola de Serviço Público de Bordeaux, cujo um dos principais integrantes foi León Duguit, o Estado não seria caracterizado apenas por atos típicos da soberania, pois a atuação estatal também estaria vinculada ao dever de prestação de serviços públicos.¹²

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.

⁹ 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.

¹⁰ 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*”.

¹¹ PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 58.

¹² 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.

Eduardo García de Enterría¹³ 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 decorrem 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 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 outro.¹⁴

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 público.¹⁵

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, em sua maioria ao século XIX, onde 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 das 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.

¹³ ENTERRÍA, Eduardo García de. La figura del contrato administrativo. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 41, p. 99-130, 1963. p. 108.

¹⁴ MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Barueri: Manole, 2006. p. 414-415.

¹⁵ MAURER, op. cit., p. 425.

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.

Os contratos compreendidos como relacionais, consoante nos explica Vinícius Klein,¹⁶ teve 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 consideradas.¹⁷ Assim, as partes, durante a 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 a 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, tal contrato, economicamente, não poderia nem poderá 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.

Assim, 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

¹⁶ KLEIN, Vinícius. *A economia dos contratos na teoria microeconômica: uma análise a partir do realismo crítico*. 2013. 290 f. Tese (Doutorado em Economia) – Setor de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. p. 205.

¹⁷ 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).

prazo, em particular quando estivermos diante dos casos em que seja necessário reequilibrarmos os contratos.

2 Teoria das 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. Logo, a teoria do equilíbrio-geral tem uma grande importância para a concepção clássica dos contratos. Como bem evidenciado por Vinícius Klein,¹⁸ essa teoria 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 otimizado¹⁹ 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.

¹⁸ KLEIN, Vinícius. *A economia dos contratos na teoria microeconômica: uma análise a partir do realismo crítico*. 2013. 290 f. Tese (Doutorado em Economia) – Setor de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. p. 115.

¹⁹ 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.

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. 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 negociantes.²⁰

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 Bag²¹ 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 custos.²²

²⁰ RONALD, Coase. The problem of social cost. *The Journal of Law & Economics*, Chicago, v. 3, p. 1-44, out. 1960. Disponível em: <https://www.law.uchicago.edu/files/file/coase-problem.pdf>. Acesso em: 2 maio 2022.

²¹ BAG, Sugata. *Economic analysis of contract law: incomplete contracts and asymmetric information*. Londres: Palgrave Macmillan, 2018. p. 2.

²² 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).²³

Não obstante, ainda que as teorias detenham características de complementaridade 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 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 de 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 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,

²³ BROUSSEAU, Eric; GLACHANT, Jean-Michel. *The economics of contracts: theory and applications*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

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.

Esse terceiro é um dos personagens chave na teoria dos contratos incompletos. Como é bem destacado por Bruno Deffains e Samuel Ferey,²⁴ a verdadeira fonte de incompletude diz 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 de natureza 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 contrato.²⁵ Nesse sentido, não se pode observar perfeitamente qual o grau de esforço de um empreiteiro em uma determinada obra quando, por exemplo, a etapa é realizada sob o regime de execução de empreitada por preço unitário. Não se sabe ao certo que o contratado está postergando seus esforços para cobrar mais da Administração Pública. O mesmo se dá em contratos de serviços contínuos de duração continuada. Por mais que seja imputado controle (que é caro!) sempre haverá algo que não se sabe e apenas se pode intuir do grau de esforço e diligência do contratado. Sendo assim, o controle, no mais das vezes, estará em situação de encontrar apenas uma situação de *second best*, estabelecendo conclusões (e muitas vezes, ilações) daquilo pouco que vê.

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.

²⁴ DEFFAINS, Bruno; FERÉY, Samuel. *Analyse économique du droit et théorie du droit: perspectives méthodologiques*. Nancy: BETA *et al.*, 2010. p. 104. Disponível em: <http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2014/07/07-24-RF.pdf>. Acesso em: 2 maio 2022.

²⁵ DEFFAINS; FERÉY, *op. cit.*, p. 105.

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 ineficiente e discricionária sem, no entanto, ter conhecimento suficientemente adequado para compreender as relações complexas envolvidas no caso em concreto.²⁶

Em sentido semelhante, Thierry Kirat²⁷ 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.²⁸

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

²⁶ DEFFAINS; FEREY, op. cit., p. 107.

²⁷ KIRAT, Thierry. *Économie et droit contrat administratif*. Paris: La Documentation Française, 2005. p. 67.

²⁸ Essa incompletude pode ser provada na prática, como dados, pelos trabalhos de Bent Flyvbjerg, nos quais os problemas dos megaprojetos possuem dois problemas fundamentais: viés de otimismo e deturpação estratégica. Ver: FLYVBJERG, Bent. Top ten behavioral biases in project management: an overview. *Project Management Journal*, v. 52, n. 6, p. 531-546, 2021. DOI: 10.1177/87569728211049046.

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. Em outro giro, podemos dizer que no momento $T = 0$, na origem do contrato, no lugar de ter um *payoff* associado, o agente teria uma *função payoff*. Esta, por sua vez, seria alimentada por inputs ao longo da execução contratual. Isso estaria em consonância com o caráter dinâmico dos incentivos durante a execução contratual. Em verdade, nos contratos mais sofisticados subsiste uma equação, onde de um lado há uma matriz de riscos, somado a um nível específico de performance, que tem que se balancear com regime de remuneração do contrato.

Quando os órgãos de controle e os Tribunais tentam reequilibrar os contratos administrativos complexos, incompletos e de longo prazo, estão intencionando que as coisas se moldem aos pressupostos teóricos e não ao contrário. Ou seja, busca-se adotar o modelo teórico neoclássico para adequar a realidade a pressupostos gerais que não consideram as peculiaridades dos contratos dessa natureza. É um problema de wishful thinking ou mesmo de autoengano. E, nessa toada, acadêmicos, juristas, empresários e a sociedade sofrem as consequências de decisões ineficientes que acabam por aumentar a distorção dos contratos.

Em contratos complexos, como é o caso de contratos mais sofisticados de concessões e PPPs, as ações e o comportamento do sistema variam com o passar do tempo e são intrinsecamente dinâmicos, ensejando uma instabilidade inerente e com elevado grau de imprevisibilidade. Dessa forma, buscar “um equilíbrio” ancorado na vontade das partes estabelecida no momento da celebração da avença

é falacioso, porque esse estágio inicial como um “incontroverso equilíbrio instável, volátil ou momentâneo”, muito se distancia do mindset do jurista tradicional que acredita tratar-se de um “equilíbrio petrificado”. Dito de outro modo, é como se a assinatura do contrato simbolizasse um equilíbrio necessário e suficiente simplesmente para começar o jogo.

Por vezes, o sistema não tem um único equilíbrio, mas muitos equilíbrios ao longo da execução contratual. A intrínseca incerteza estratégica das partes faz com que aprendam com o tempo e mudem suas estratégias de comportamento e negociação. Em verdade, ocorre que o contrato “acumula” múltiplos desequilíbrios e, então, quando esses desequilíbrios são quantitativos ou qualitativamente relevantes, solicita-se o reequilíbrio do contrato.

3 Considerações finais

Como já nos referimos em outras publicações e debates acadêmicos, existe um permanente *trade-off* nos contratos administrativos entre os princípios da eficiência e legalidade, pois quanto maior forem os trâmites burocráticos, quanto maiores as incertezas das lacunas do contrato, mais difíceis serão as resoluções dos problemas.^{29 30}

Há de se destacar, certamente, que a teoria da incompletude contratual não se confunde com a teoria da imprevisão. Isso porque se o argumento de renegociação de reequilíbrio do contrato for lastreado na teoria da imprevisão, deve-se partir da hipótese de que existe a completude contratual. A teoria da imprevisão tem como corolário a completude contratual. Na prática, os contratos de longo prazo são, em certa medida, incompletos desde a sua origem.

Quanto maior for a especificidade de um ativo, mais a Administração Pública e o setor privado se relacionarão de forma exclusiva, ou quase exclusiva. Desse modo, os contratos vultosos em grandes obras podem estar incluídos no “problema do refém” (ou *hold up*), onde uma parte poderá explorar a fragilidade da outra parte em constantes renegociações contratuais. No setor de infraestrutura, geralmente, os investimentos são bastante específicos e não haveria uma alternativa para os ativos empreendidos.

No modelo clássico contratual, quando falávamos acerca da natureza dos contratos, dizia-se que este “é um pacto de vontades antagônicas”. Em contratos relacionais a lógica não funciona dessa forma, pois a vontade é coincidente, e essa

²⁹ SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira; MENEGUIN, Fernando B. Há incompatibilidade entre eficiência e legalidade? *Revista de informação legislativa*, v. 51, n. 201, p. 7-16, jan./mar. 2014.

³⁰ NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da. Análise econômica do direito administrativo. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 405.

vontade é tão coincidente que ela é muitas vezes amalgamada pela presença de *sunk costs*, os contratantes ficam com os ativos dependentes ao contrato, considerando que o custo para sua rescisão é muito alto.

Os contratos são incompletos e é preciso compreender melhor quais os impactos na execução e renegociação dos contratos, daí que quanto mais complexo (e extenso) o contrato, maior a sua incompletude. As partes e terceiros julgadores, tal como os Tribunais de Contas e do Judiciário, devem considerar as assimetrias e ineficiências intrínsecas à incompletude. Nesse ponto, dentro da lógica de um *dispute board* e da arquitetura de incentivos, quanto maior a transparência e ação continuada sobre tais objetos, maior a chance de o controle perceber pontos de inflexão face às análises de outrora.

A teoria dos contratos incompletos ainda está em formação e ganha no Direito Administrativo brasileiro um ingrediente não estudado nos textos clássicos sobre o tema, compreender como harmonizar essas abordagens é ainda um tema em aberto.

Não obstante, se buscou demonstrar que para os contratos administrativos de longo prazo, que se caracterizam como contratos relacionais, é preciso implementar mecanismos próprios para contratos dinâmicos e complexos. Se faz necessário romper a ideia de que há um equilíbrio apenas no momento “T = 0”, tornado estático durante a assinatura do contrato, e que vai ter que ser preservado em algum momento no futuro. Nos contratos sofisticados, existem múltiplos equilíbrios, porque o contrato é naturalmente instável e incompleto.

Abstract: The paper intends to discuss the theory of incomplete contracts in the context of Administrative Law. Contemporary contracts are involved in a very complex economic environment and require the interpretation of increasingly sophisticated technical terms. Long-term administrative contracts are relational and incomplete, requiring the re-signification of traditional concepts, for a better understanding of the impacts on the execution and renegotiation of contracts.

Keywords: Theory of incomplete contracts. Administrative contracts. Economic rebalancing.

Referências

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

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

BROUSSEAU, Eric; GLACHANT, Jean-Michel. *The economics of contracts: theory and applications*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

DEFFAINS, Bruno; FERREY, Samuel. *Analyse économique du droit et théorie du droit*. perspectives méthodologiques. Nancy: BETA *et al.*, 2010. Disponível em: <http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2014/07/07-24-RF.pdf>. Acesso em: 2 maio 2022.

- ENTERRÍA, Eduardo García de. La figura del contrato administrativo. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 41, p. 99-130, 1963.
- FLYVBJERG, Bent. Top ten behavioral biases in project management: an overview. *Project Management Journal*, v. 52, n. 6, p. 531-546, 2021. DOI: 10.1177/87569728211049046.
- FLYVBJERG, Bent. What you should know about megaprojects and why: an overview. *Project Management Journal*, v. 45, n. 2, p. 6-19, abr./maio 2014. DOI: 10.1002/pmj.21409.
- 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.
- KIRAT, Thierry. *Économie et droit contrat administratif*. Paris: La Documentation Française, 2005.
- KLEIN, Vinícius. *A economia dos contratos na teoria microeconômica: uma análise a partir do realismo crítico*. 2013. 290 f. Tese (Doutorado em Economia) – Setor de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.
- 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.
- MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Barueri: Manole, 2006.
- NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da. Análise econômica do direito administrativo. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- RONALD, Coase. The problem of social cost. *The Journal of Law & Economics*, Chicago, v. 3, p. 1-44, out. 1960. Disponível em: <https://www.law.uchicago.edu/files/file/coase-problem.pdf>. Acesso em: 2 maio 2022.
- SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira; MENEGUIN, Fernando B. Há incompatibilidade entre eficiência e legalidade? *Revista de informação legislativa*, v. 51, n. 201, p. 7-16, jan./mar. 2014.
- 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. 1-22, jul./dez. 2017.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

NÓBREGA, Marcos. Incompletude contratual e reequilíbrio no âmbito do Direito Administrativo: por que os contratos não se comportam como o Direito imagina? *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 20, n. 77, p. 157-171, abr./jun. 2022.
