

RISCOS E INCERTEZAS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS PRESSUPOSTOS TEÓRICO-DOG MÁTICOS PARA O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

*RISKS AND UNCERTAINTIES IN ADMINISTRATIVE CONTRACTS
THEORETICAL-DOGMATIC ASSUMPTIONS FOR ECONOMIC-FINANCIAL REBALANCING*

Juliano Heinen

Doutor em Direito (Universidade Federal do Rio Grande do Sul). Professor de Direito Administrativo.
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul.
E-mail: julianoheinen@hotmail.com

Recebido em: 01/06/2020
Aprovado em: 24/03/2021

RESUMO: O objetivo do presente trabalho é identificar os pressupostos teórico-dogmáticos para o reequilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos e as perspectivas em relação ao risco, à incerteza e aos fatores de atribuição de responsabilidade contratual. Além disso, busca-se propor um modelo de solução aos casos de pedido de reequilíbrio, especialmente a partir do debate estabelecido e da legislação incidente. A pesquisa apresenta metodologia exploratória, em especial, do marco legal atualmente existente, e da situação de fato consolidada, especialmente criada no cenário da pandemia causada pela Covid-19 (Coronavírus). E se aplica uma metodologia explicativa, demonstrando um ensaio de solução conciliadora. Como método, tem-se a análise dos referenciais teóricos do reequilíbrio de revisão de contratos, pesquisa legislativa e coleta de informações junto aos repositórios jurisprudenciais. O artigo aborda, sucessivamente, a diferença entre risco e incerteza; os fatores de atribuição em relação a cada um destes dois institutos mencionados, bem como as condições de aplicação de tais fatores; especificamente, testou-se o que se disse em fatores de álea econômica e de álea administrativa; para então defender, a título conclusivo, que não há o dever legal de reequilibrar os contratos administrativos derivados de caso fortuito ou força maior.

Palavras-chave: Contratos. Risco. Incerteza. Revisão.

ABSTRACT: The objective of the present paper is to identify the theoretical-dogmatic assumptions for the economic-financial rebalancing in administrative contracts and the perspectives in relation to risk, uncertainty and the attribution of contractual responsibility factors. In addition, it seeks to propose a solution model for cases of rebalancing requests, especially based on the established debate and the incident legislation. The research presents an exploratory methodology, in particular, of the currently existing legal framework, and of the de facto consolidated situation, especially created in the scenario of the pandemic caused by Covid-19 (Coronavirus). And an explanatory methodology is applied, demonstrating a trial of a reconciling solution. As a method, there is the analysis of the theoretical references of the rebalancing of contract review, legislative research and information collection from the jurisprudential

repositories. The article successively addresses the difference between risk and uncertainty; the attribution factors in relation to each of these two mentioned institutes, as well as the conditions of application of such factors; specifically, what was said was tested in economic and administrative factors; to then defend, conclusively, that there is no legal duty to rebalance the administrative contracts derived from unforeseeable circumstances or force majeure.

Keywords: Contracts. Risk. Uncertainty. Review.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Risco e incerteza. 2 O risco ou álea e os fatores de atribuição. 3 Atribuição de riscos. 4 Condições de aplicação dos fatores de atribuição diante das incertezas. 5 Álea económica. 6 Álea administrativa. 7 Não há o dever legal de reequilibrar os contratos administrativos. Conclusões. Referências.

INTRODUÇÃO

Todo negócio jurídico possui um determinado grau de risco: de uma das partes não vir a cumprir com o que pactuou, que a coisa negociada pereça, que se deflagre um caso fortuito não previsível etc. Então, os sistemas jurídicos de todo mundo e durante a história do desenvolvimento do direito tentaram estabelecer, naquilo que era possível, regras para disciplinar o risco ou a incerteza – termos que deverão aqui ser diferenciados. Em termos amplos, o direito, então, tentou dar maior segurança jurídica e previsibilidade aos fatores de risco. Contudo, é ínsito a qualquer negócio jurídico um mínimo grau de álea, que deverá ser suportado pelas partes contratantes.

E, nesse ponto, avançou o direito para tentar conferir graus de atribuição ou de suportamento dos ônus derivados dos fatores de risco. Essa questão passou a fazer parte dos debates atuais, ainda que indiretamente, por exemplo, por conta da pandemia causada pela *Covid-19* (*Coronavírus*). Então, pretende-se, nesse contexto, analisar, criticamente, as diferenças teórico-dogmáticas de institutos como “risco”, “incerteza”, “fatores de atribuição” e “eventos extraordinários”, relacionando-os aos contratos administrativos.

Será importante estabelecer uma relação sobre as noções de risco, de álea econômica e de evento extraordinário, a fim de responder à seguinte pergunta-problema: “os acontecimentos relacionados à *Covid-19* são eventos inseridos no âmbito da álea ou do risco do contrato?”. A resposta a esta pergunta permite formular conclusões em relação a quem pode vir a suportar a onerosidade derivada da pandemia, se a inexecução causada pela *Covid-19* pode ser alvo de sanções contratuais e, principalmente, se há direito ao reequilíbrio econômico financeiro. De qualquer forma, aqui, pretende-se explorar o tema do risco inerente aos contratos administrativos e concatenar este tema com os contratos administrativos. Para tanto, será empregado o método de abordagem dedutivo e exploratório, aplicando-se a técnica de revisão bibliográfica e jurisprudencial.

1 RISCO E INCERTEZA

Os contratos vivem um paradoxo: ao mesmo tempo que se fazem estes pactos para se ter certeza de que uma realidade ocorrerá no futuro, “joga-se” as partes em um mundo de incertezas, porque não se sabe como o mundo se comportará em relação a elas. Assim, é uma ilusão pensar que esta estabilidade pretensamente gerada pelo negócio será fixa. O que se constitui com o ajuste são bases estruturadas para que se possa dar flexibilidade para os câmbios futuros da realidade. Os próprios contratantes não querem esta inflexibilidade, porque, se assim fosse, estar-se-ia aniquilando a autonomia da vontade.

Nas relações que dependem do tempo esse dinamismo é ainda mais agudo, porque a execução da prestação depende do transcurso de lapso temporal, como os contratos de concessão

de serviço público, contratos de uso de bem público etc. O adimplemento é elemento polarizador do tempo das obrigações, o que não se vê nas relações de direito real. Até porque, no primeiro caso, a satisfação opera-se por colaboração, enquanto que, nas segundas, opera-se por sujeição. Neste último caso, o titular necessita apenas da abstenção dos demais. Exemplo: o proprietário se satisfaz com o uso, gozo etc. do bem que é dono. E isto tem reflexos marcantes no âmbito do processo civil, especialmente diante da fase de cumprimento de sentença¹. Nos contratos duradouros, que excedem o adimplemento, percebe-se um “renascer” das pretensões, porque reclamam reiterada satisfação².

O desafio de qualquer contrato complexo e de longo prazo consiste em lidar com uma realidade que se sabe que inexoravelmente irá se modificar. E sequer se está a falar de um evento superveniente (v.g. crise da economia brasileira) e o seu impacto nas *bases objetivas do contrato*, acarretando onerosidade excessiva para uma das partes, os quais são suficientes para perturbar o equilíbrio econômico-financeiro do ajuste (GARCIA, 2019, p. 126; MOREIRA, 2010, p. 403-404). Os contratos dessa natureza serão sempre imperfeitos no que se refere à sua capacidade de disciplinar os fatores de risco ou os eventos futuros. Essa é uma conclusão bastante natural e aceitável (ARAÚJO, 2007. p. 15).

Então, não se pode considerar que o risco seria um evento futuro e impossível de acontecer. A compreensão a ser aplicada aqui está ligada muito mais a uma perspectiva *econômica*. Logo, por este viés, considera-se a *possibilidade ou a probabilidade de uma das partes contratantes poder suportar ato ou evento futuro que causa dano ou prejuízo* (RUELLAN e HUGÉ, 2006, p. 1.597).

Então, mostra-se nodal diferenciar “risco” e “incerteza”, sendo este um tema bastante importante na economia ou na gestão de projetos. Enfim, ambos os institutos diferem, mas muitas vezes são tomados como sinônimos pela doutrina³. Em termos muito sintéticos, “*risco*” resume o *somatório de eventos incertos que podem ou não ocorrer, de acordo com o nível de informação disponível*. Logo, o risco poderá ser, mal ou bem, mensurado – há várias metodologias para tanto. Um risco pode ser benéfico ou prejudicial, ou seja, pode ser uma oportunidade ou uma ameaça, respectivamente. A “*incerteza*”, por sua vez, é *determinada pela falta de informação sobre o que pode vir a acontecer*. Uma ação, uma decisão ou mesmo um evento que se sabe que vai ocorrer pode deter um grau de incerteza por conta do desconhecimento (KNIGHT, 1921).

Em termos econômicos, o cenário “risco” permite mensurar as variáveis de uma situação, porque elas são conhecidas. Daí porque se mostra possível, mal ou bem, calcular as probabilidades de cada uma delas acontecerem. Logo, baseado em uma determinada metodologia escolhida, pode-se obter um resultado somando-se as várias análises, o que é fundamental para a tomada de decisão. Então, no risco, há informação (COHEN e EIMICKE, 2013).

A incerteza, por sua vez, atua em um cenário sem informação ou com informação imprecisa. Ocorre quando uma ou mais variáveis são desconhecidas, ou quando o cenário futuro sequer poderia ser antevisto, ou quando não se sabe o impacto real que cada variável pode ter na realidade analisada (PYNDICK e RUBINFELD, 2013, p. 154 e ss.)

Portanto, a correlação entre ambos os termos pode ser sintetizada da seguinte forma: *a incerteza pode acarretar riscos*, muitas vezes indesejáveis. E, para tanto, os contratos pretendem dar certezas às partes para evitar a ocorrência de riscos, ou seja, *minimizar probabilidades e cenários de perda*.

Então, o risco de que eventos futuros e onerosos possam ocorrer é real, especialmente em contratos de longo prazo. E será justamente o pacto que tentará evitar, por meio do seu conteúdo,

¹ No campo obrigacional, a sujeição perpétua somente se daria se fosse estabelecido um vínculo de escravatura, o que é impensável.

² Essa lógica influenciou, por exemplo, a unificação das obrigações civis e mercantis no Código Civil italiano de 1943.

³ Por todos: “[Álea econômica] é todo acontecimento externo ao contrato, estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável, que causa um desequilíbrio não desprezível, tornando a execução do contrato excessivamente oneroso para o contratado” (ARAGÃO, 2012, p. 341 e ss.).

que ocorra, no futuro, desequilíbrio da economia do ajuste. Se o risco é inquestionável em contratos de longo prazo, sua minimização é de extrema importância. E quando não se conseguiu antever o evento futuro e oneroso no contrato, caberia ao sistema jurídico dar uma resposta. E na omissão das leis em tratar do tema, caberia às partes estabelecer essa composição, sob pena de o contrato migrar para sua resolatividade. Os contratos administrativos devem antecipar mais os riscos por meio de cláusulas que permitem adaptar diretamente o contrato a um ambiente desfavorável em andamento ou definir as condições e procedimentos para uma revisão diferida (HEINEN, 2020, p. 1.075-1.076).

Em relação especificamente à pandemia e tomando por base o que se disse nesse tópico, compreende-se que os eventos derivados da *Covid-19* são acontecimentos incertos, porque impossíveis de serem mapeados por metodologias de risco. De modo que, a rigor, as regras que atuam na definição do reequilíbrio econômico-financeiro devem compreender que a pandemia mencionada é típico *evento extraordinário*, e a partir desse pressuposto, perceber o tema⁴.

Veja que não se pode dar a um acordo uma extensão maior do que aquilo que foi ajustado (OLIVEIRA, 1968, p. 105-106). Assim, o ajuste de vontades só pode representar aquilo que era previsível, e espelha situações contratuais oriundas da realidade em que foi firmado. Logo, *os acontecimentos ligados ao risco devem ser suportados pelas partes*, de modo que o *risco é um evento contratual*, e a *incerteza um evento extracontratual*. Para se passar do contratual ao extracontratual se faz necessária a ausência de correspondência entre o meio de execução e a sua formação.

2 O RISCO OU ÁLEA E OS FATORES DE ATRIBUIÇÃO

Em primeiro lugar, aleatórios seriam todos os negócios jurídicos comerciais, se pensássemos que o risco faz parte de qualquer contrato. Mas não é verdade. Logo, não é possível dizer que os contratos administrativos serão caracterizados como *contratos aleatórios* (PONTES DE MIRANDA, 1984, p. 386-387; SIDOU, 1978, p. 129), ou *contratos em que o risco é um elemento nodal*, como os contratos de bolsa, de modo que reclama investigar (1) quando o risco ou a incerteza são eventos jurídicos relevantes e (2) quais os seus efeitos.

Para que detenha eficácia, ou seja, capacidade de gerar efeitos, é essencial que a *álea se faça jurídica*, e não seja apenas *econômica*. Álea econômica pode haver em quase todos os negócios jurídicos, como já se disse. Nos contratos administrativos, sabe-se o que se compra e o que se vende. Se foi mau negócio, a álea não resulta da estrutura negocial, mas sim de fatos econômicos, que até eram ignorados pelo figurante.

Logo, justamente surge o contrato como instrumento de gestão dos riscos econômicos (BANDEIRA e TERRA, 2015, p. 9)⁵. E o que ele não faz senão tentar manter uma realidade que pode vir a mudar, antecipando um tempo futuro, ou mesmo tentando disciplinar uma realidade que porventura venha a acontecer. Contudo, nem tudo pode ser previsto.

Quando determinados eventos se realizam, mas que sequer poderiam ser antevistos pelas partes negociantes, enfim, rompem a ideia de “normalidade” e por isto são considerados “fora do ordinário” (*extraordinários – sic.*), está-se diante de uma *incerteza*. De modo que os eventos que perturbam o contrato, mas por ele não são tratados, merecerão a disciplina da lei ou, no limite, do intérprete.

E aí surge a pergunta: quem os deve suportar? De modo que desde já fica claro que risco e incerteza – tratados no tópico precedente – são fatores, prognoses que influem neste aspecto, mas se diferem no campo da “atribuição”. A rigor, na hipótese de ocorrerem os eventos não previstos,

⁴ Trata-se de uma situação imprevista e extracontratual. Logo, relegada a um sistema próprio de normas (OLIVEIRA, 1968, p. 105).

⁵ Conferir, ainda, nova passagem: “A alocação dos riscos econômicos deve ser identificada no caso concreto, de acordo com o específico regulamento de interesses.” (BANDEIRA e TERRA, 2015, p. 11).

é necessário saber quem vem a suportá-los. Então, *os fatores de atribuição estão ligados à responsabilidade contratual*. Os fatores de atribuição são parte do mundo deontológico – “dever ser”. Já os fatores de risco e de incerteza estão relacionados ao “mundo do ser”, ou seja, ao que é, à realidade, e somente migram ao mundo do “dever ser” caso o direito lhes confira relevância. E isso se dá pelos *fatores de atribuição*

Desdobrando essas premissas, consegue-se rapidamente compreender que os fatores de risco e de incerteza são causa, e somente serão objeto de juridicização, ou seja, serão relevantes ao direito na hipótese de o sistema jurídico-normativo ou o contrato lhes atribuir efeitos. E se assim o é, tratar de risco ou de incerteza não faz sentido ao jurista, porque importa saber se há relevância no contrato e, em caso positivo, como eles afetam as partes. É dizer: o risco é um dado da realidade e existe sempre, a todo momento e em qualquer relação, seja ela social, jurídica, econômica etc. Porém, não é a todo risco que é atribuída eficácia jurídica, ou seja, ele pode não ter nenhum efeito ou relevância aos contratos.

Portanto, há uma espécie de “aposta no futuro”, porque o evento oneroso pode ou não ocorrer. E, caso aconteça, essa carga deverá ser distribuída entre os contratantes, por meio da integração das lacunas. E o contrato poderá ao menos dizer como isso será feito e/ou quem assim o fará (v.g. estipulando cláusula de arbitragem). Como diz Alvino Lima (1938, p. 88): “Os problemas da responsabilidade são tão somente os problemas de reparação de perdas.”

Veja que *álea* ou *risco* não se confundem com os *fatores de atribuição*, apesar de íntima ligação entre ambos. Objetivamente, evento extraordinário, ou seja, um acontecimento não previsto ou de consequências imprevistas quando da assinatura do contrato, pode vir ou não a ocorrer no futuro. E essa possibilidade maior ou menor de vir a ocorrer o evento pode ser um fator determinante na forma de elaborar o contrato, na determinação do grau de intensidade da onerosidade a ser suportada etc.

Retomando. A incerteza ou o risco do negócio somente fazem sentido se coligados aos fatores de atribuição. Estes últimos partem da *análise do equilíbrio econômico original do contrato* – a razão aproximada ou a equivalência que as partes ajustaram entre as prestações mútuas. Aquilo que as partes levaram em consideração ao calcular, no momento da conclusão do ajuste e que determinou que eles assim transacionassem, são o ponto de partida para a determinação dos fatores de atribuição do ônus gerado pelo evento extraordinário (LAUBADÈRE e MODERNE, 1983, p. 89). Contudo, ainda que esta “equivalência” ou este “equilíbrio” do negócio seja perturbado, ainda assim uma das partes pode ter de vir a suportar o ônus, a depender de como foi pactuado e do que diz a lei.

Essa diferença entre evento extraordinário e risco permite compreender que (1) o *evento extraordinário é a causa de eventual onerosidade*; (2) o *risco está atrelado a um fator de prognose que um evento pode ou não a vir a ocorrer*; e (3) o *fator de atribuição dirá se e, em caso positivo, quem virá suportar a eventual onerosidade causada pelo evento – se um ou outro contratante, se os dois ou se nenhum deles* (RUELLAN e HUGÉ, 2006, p. 1.597-1.598).

Por exemplo, o Código Civil francês deixa clara essa diferença, no art. 1.195: “Se uma mudança imprevisível nas circunstâncias no momento da celebração do contrato tornar a execução excessivamente onerosa para uma parte que não concordou em assumir o risco, a última poderá solicitar uma renegociação do contrato ao seu parceiro contratante.”⁶ Essa previsão legal permite concluir que é possível que as partes contratualmente ajustem as condições de aplicação dos fatores de atribuição e a *álea econômica* ou *administrativa* – por meio de uma cláusula de “hardship” (CHÉNEDÉ, 2009, p. 923; LEDOUBLE, 1980, p. 199). E isso é comumente feito nos contratos administrativos pelas “matrizes de risco” atreladas aos pactos. Nos próximos tópicos, abordar-se-

⁶ Tradução livre do original: “*Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant.*” – art. 1.195 do Código Civil francês.

ão estes dois institutos, os quais são centrais nos contratos administrativos. Ali se deixarão claras as condições de aplicabilidade de cada qual.

3 ATRIBUIÇÃO DE RISCOS

Imagine que o risco ou a incerteza tenham efeitos jurídicos, uma vez que são relevantes ao direito. Então, cabe a este sistema jurídico dizer como eles serão distribuídos entre as partes contratantes. Guido Alpa (1989, p. 1158), por exemplo, defende que os riscos devem ser repartidos proporcionalmente entre as partes. Para tanto, deve-se considerar a *qualidade dos contratantes* – por exemplo, a atividade normalmente por eles desempenhada – e o *risco inerente à atividade econômica por ele regularmente desenvolvida*. De outro lado, deve ser considerada, ainda, a *finalidade do negócio* e o seu *sinagma*.

Talvez o exemplo mais candente de evento extraordinário seja o *caso fortuito* ou *força maior*, termos que aqui se reputarão sinônimos⁷. Esses acontecimentos, segundo o artigo 393 do Código Civil, são demarcados pela *inevitabilidade* e *necessariedade do acontecimento*. Para tanto, elementos exteriores ao negócio deverão ser avaliados para classificar o evento como fortuito. Por exemplo: pode-se levar em conta a conduta dos demais indivíduos em situações iguais ou similares (ALVIM, 1965, p. 312).

Nesse aspecto, a legislação, o contrato, ou, na omissão de ambos, o intérprete deverá saber se este evento extraordinário – não previsto – deve ser suportado pelas partes, ou só por uma das partes. E tudo dependerá de como se delimita o risco a ser suportado, ou seja, o *fator de atribuição dos ônus*. Então, a *definição dos limites do risco do negócio* tem por efeito *fixar o limite da responsabilidade das partes por eventual acontecimento extraordinário*, como, por exemplo, o caso fortuito ou a força maior. Esse é o racional a ser aqui compreendido.

Um primeiro consenso pode ser apresentado: a assunção de risco sempre deve ser expressa (FONSECA, 1958, p. 180). Não há como se imputar a um sujeito contratante a onerosidade derivada de um evento, como se a assunção de risco estivesse tacitamente prevista. E é claro que muitas vezes as partes propositalmente deixam o contrato incompleto ou o ajuste por natureza assim o é. Nestas hipóteses, o debate sobre os limites da assunção do risco ficará para o futuro, ou seja, para depois de assinado o pacto (BANDEIRA, 2015, p. 56). Desse modo, o contrato deverá ser adaptado diante da realidade futura, considerando (1) quem são os contratantes; (2) qual é o objeto do contrato; (3) o prazo da avença; (4) ganho de uma ou de outra parte na relação contratual; etc.

Quando a culpa não é predeterminada no contrato, os fatores de atribuição de responsabilidade devem dizer quem de direito suporta o ônus por um evento futuro e oneroso. Em contratos de longa duração e incompletos, o risco aparece como um dado inerente à técnica da organização econômica, e onde, por consequência, a solução do problema é fornecida pela estrutura desta mesma organização (LIMA, 1938, p. 95). É como se diz: “*bel et bien le risque*”.

Todas modificações da realidade que venham a *afetar a base contratual*, e que *causem uma maior onerosidade a uma das partes* inserem-se no que se convencionou chamar de “*álea econômica*”. Agora, resta saber quem suportará essa carga. Então, não só os câmbios do cenário econômico podem em tese ser causas ao pedido de reequilíbrio, mas, igualmente, *toda sorte de acontecimentos não gerados por um ente estatal* (v.g. caso fortuito, força maior, mudanças econômicas etc.), desde que com base na lei ou no contrato. Os eventos gerados pelo Poder Público e que prejudiquem uma das partes contratantes se inserem no que se denominou de “*álea administrativa*” – abordada, aqui, em tópico próprio.

Em muitos casos, a legislação disciplinou os fatores de atribuição. Nos contratos de concessão “comum” de serviços públicos, regidos pela Lei nº 8.987/95, a interpretação autêntica

⁷ Assim como fez Arnaldo Medeiros da Fonseca (1958, p. 129 e ss.), em uma das primeiras monografias brasileiras sobre o tema.

feita pelo legislador de plano deixou claro que os riscos serão suportados pelo concessionário⁸. E isso vale para concessão com ou sem obra, ou para a permissão – art. 2º, incisos II, III e IV, respectivamente. Já a Lei nº 11.079/04 – que disciplina as parcerias público-privadas – tomou um caminho bastante diferente em relação aos fatores de atribuição dos riscos ou incertezas. Determinou que o contrato tivesse cláusula que tratasse da “repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária” – art. 5º, inciso III.

De todo modo, pode-se concluir, a partir destes dispositivos, que a proteção nos contratos administrativos continuados se dá casuisticamente, porque as leis setoriais fixarão cláusulas gerais, que poderão ser mais bem especificadas pelo pacto. Apesar disso, há uma tutela geral e abstrata, ou seja, uma espécie de “diretiva” que, em certos contratos, presume que o concessionário assumirá os riscos futuros – cf. art. 2º da Lei nº 8.987/95.

Sobre o tema, é relevante trazer um exemplo oriundo do estrangeiro: a Diretiva nº 23/2014 da União Europeia, que regula as concessões de serviço público, já na sua apresentação deixa bastante evidente que o risco fará parte da execução do contrato, e será suportado pela concessionária. A qualificação de um contratante como “concessionário” é suficiente para que se pautem por esse tipo de fator de atribuição. A doutrina compreende que ali existe uma transferência de um nível *limitado* de risco, “[...] tendo o legislador renunciado (porventura compreensivelmente) à indicação de qualquer percentual que evidencie um liminar de risco relevante.” (TROGAL, 2019, p. 225). Há, neste tipo de contrato, como diz a diretiva: “transferência para o concessionário de um risco de exploração”. É dizer, “[...] o direito de exploração terá que ser um *direito de exercício economicamente arriscado*. (TROGAL, 2019, p. 226).

Contudo, a grande dúvida consiste em saber se a incerteza (não o risco) deve ser exclusivamente suportada pelo concessionário em condições anormais de execução do pacto, uma vez que se está frente a eventos extraordinários. Neste cenário, ou o contrato já possui previsão de repartição dos ônus causados pela conjuntura anormal, ou o direito deverá ser estruturado para tal (JUSTEN FILHO, 2003, p. 103). Na omissão das normas, muitas teorias surgiram, especialmente na França. E tinham por meta a manutenção do serviço, e não necessariamente a perfazer justa distribuição dos ônus – um tema que mereceria um trabalho único.

A regulação dos riscos possíveis de serem mapeados já quando se firma o contrato implica a concretização do princípio da eficiência e da própria consecução do interesse público (PEZ, 2013, p. 237 e ss.). A rigor, são minimizados os fatores de insegurança e os possíveis conflitos *ex post* em relações duradouras complexas (GARCIA, 2019, p. 125). Várias são as metodologias aplicadas para a negociação dos fatores de atribuição, que não cabe aqui enunciar⁹. Cabe, aqui, responder à pergunta formulada: quem e como se responde às incertezas?

4 CONDIÇÕES DE APLICAÇÃO DOS FATORES DE ATRIBUIÇÃO DIANTE DAS INCERTEZAS

De acordo com aquilo que já se disse até aqui, três fatores devem ser verificados para que o intérprete possa *relevar a incerteza e lhe atribuir efeitos jurídicos*:

- (a) Que tal fator cause uma *onerosidade ou uma vantagem considerável a uma das partes*;
- (b) Que venha a *romper com a original justa distribuição econômica do contrato* (equilíbrio econômico-financeiro); e, por fim,
- (c) Que *o evento deva ser juridicamente apreciado*.

⁸ Ainda que parte da doutrina defenda que deva ainda assim existir divisão dos riscos, a despeito do texto da Lei nº 8.987/95 (PEREZ, 2006).

⁹ Tais métodos podem ser encontrados em uma variedade de obras. Por todos, conferir a obra de Maurício Portugal Ribeiro (2011, p. 80-82).

Então, esses seriam os *elementos nucleares dos fatores de atribuição de responsabilidade no que se refere às incertezas*. Mas não é só. Um fator complementar merece ser evidenciado:

(d) Há de se estar diante de um *contrato de duração (contratti di durata)*.

Cabe dizer, inicialmente, que não é o contrato que é de duração, mas sim a *relação jurídica* formada, ou seja, a *execução do contrato é que dura no tempo*. Há um vínculo permanente entre as partes¹⁰. O *contratti de durata* pode ser instantâneo ou permanente, como os contratos de execução com prestações periódicas (OPPO, 1943, p. 147). Aqui, o tempo é um elemento nuclear, porque a obrigação se extingue pelo decurso do tempo. Não são contratos de execução diferida. Então é a continuação da execução que marca este negócio, não sendo parte de sua gênese, ou seja, o “tempo” está presente no ato e na relação jurídica.

Há um interesse a ser satisfeito em determinado momento, ou seja, no “termo”. Há aqui um interesse de continuação ou uma necessidade duradoura¹¹. A função da duração é encontrada na relação, e não no fato continuativo. Então, a duração da adimplência é reflexo da relação de duração. Enfim, a duração deve ser um elemento relevante ao contrato (OPPO, 1943, p. 153)¹². A duração é função do contrato, ou seja, condição para que o contrato venha a produzir efeitos, e ela é desejada pelas partes, porque útil. O que deve durar não é a relação, mas o seu contínuo adimplemento – e isso é evidenciado com muita propriedade em contratos de concessão de serviço público¹³.

O tempo e a duração devem ser relevantes à prestação para que os fatores de atribuição possam incidir. A duração liga-se ao modo de consumação, porque há o interesse em se manter a satisfação de um interesse duradouro (perspectiva econômica), e que se tenha o adimplemento continuado (perspectiva jurídica). Do contrário, as partes migrariam para a sua resolução.

Ademais, a interpretação de um contrato de concessão deve levar em conta um personagem a mais: o *usuário do serviço*. Um terceiro que é o destinatário final de uma prestação que dura no tempo. Por isso que a permanência, estabilidade, segurança de tal pacto merece ser referenciada pelos fatores de atribuição em condições de prestação anormal. Até porque, como já foi dito, sequer se tem como quantificar o total da prestação já de plano, quando se firma o negócio jurídico¹⁴.

Diante da *causa objetiva*¹⁵ (no sentido de função econômica) de contratos administrativos que se protraem no tempo e que são atingidos pela incerteza, é relevante que o tempo esteja presente. Contudo, a *causa subjetiva* do negócio pode variar para as partes, e, então, o tempo possui ou não relevância de modo também subjetivo. Ambas as partes devem ter interesse na duração, até porque a duração pode ser interessante para um, mas não para outro. O contrato pode ter uma atividade-fim pontual ou duradoura, a depender do objeto do negócio jurídico¹⁶.

Tanto que a duração, no início, pode ser simétrica, mas, no tempo, isto pode não se verificar, existindo uma desigualdade. Assim, enquanto que o direito privado procura proteger mais

¹⁰ Estas relações duradouras não são exclusividade do âmbito obrigacional, mas também se encontram em outros campos, como o direito de família.

¹¹ Exemplo de relação duradoura: a obrigação *propter rem*. Na relação obrigacional o que dura é a execução

¹² Quando a formação se estende no tempo, não estamos a falar em relação continuativa.

¹³ Contrato de mútuo, em sua essência, não é de duração. A duração no mútuo feneratorício liga-se ao elemento acessório. Nem o contrato de seguro é, porque não há execução continuada. É o inadimplemento que gera esta situação. Nos contratos de duração, é o tempo que extingue a obrigação (OPPO, 1943, p. 163).

¹⁴ A determinação da prestação em função do tempo é exclusiva dos contratos de duração (OPPO, 1943, p. 172). Veja que na empreitada, a duração é necessária, mas não útil ao interesse das partes, porque, aqui, não é *essentiali negoti*.

¹⁵ Aqui, no sentido de função, e não de motivo, que seria a causa subjetiva.

¹⁶ O contrato de duração é aquele em que o tempo é essencial ao adimplemento. Não há satisfação senão no decurso de um lapso temporal. Nos contratos relacionais, a duração existe, mas a duração não é o foco do contrato, mas a própria situação relacional e, portanto, o tempo é pontual. No primeiro caso, a duração depende da estrutura contratual, tanto é verdade, que o contrato pode durar a vida toda (exemplo: locação infinita).

ou menos a resilição unilateral, o direito administrativo procura tutelar ainda mais o cidadão e o interesse público, o que provoca assimetrias naturais entre os contratantes deste tipo de negócio.

5 ÁLEA ECONÔMICA

Em verdade, deve-se dizer que os eventos que admitem o reequilíbrio econômico financeiro são aqueles que *não se encontram inseridos no “risco do negócio”, ou seja, previsíveis*. Assim que, caso o contratante tenha condições de prever o acontecimento tendente a aumentar, no futuro, os custos do fornecimento da coisa contratada, *deve prever tal adicional quando da formulação da proposta*. Nesta situação, não poderá repassar tal custo ao Estado-contratante, porque tal evento não tem eficácia para permitir o reequilíbrio econômico-financeiro. Passemos à análise de situações e teorias mais específicas sobre o tema.

Exemplificar-se-ão algumas situações muito debatidas no âmbito da álea econômica e, portanto, suscetíveis ou não, a depender do caso, a permitir a modificação da cláusula financeira. Por primeiro, releva notar o caso dos *reajustes salariais concedidos por meio de dissídios coletivos ou equivalentes*. Nesta situação, o TCU¹⁷ pacificou entendimento no sentido de que, por ocasião das repactuações de contratos administrativos para a prestação de serviços de natureza contínua, *deve ser observado o lapso temporal mínimo de um ano da data do acordo* que serviu de base para a proposta ou para a última repactuação.

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça entende que *o aumento salarial decorrente de dissídio coletivo não é considerado fato imprevisível e bastante para ensejar a readequação do equilíbrio econômico-financeiro*¹⁸. Logo, decidiu-se que, diante desta situação, *não pode ser aplicada a teoria da imprevisão para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo* (Lei nº 8.666/93, art. 65, inciso II, alínea d), pois o aumento salarial dos empregados da contratada em virtude de dissídio coletivo constitui *evento certo* que deveria ser levado em conta quando da efetivação da proposta¹⁹.

Outro caso chama a atenção: a maior onerosidade do contrato, cujo *preço estava atrelado à moeda estrangeira*, sendo que, no limiar do seu cumprimento, verifica-se modificação no câmbio – (des)valorização da moeda. Primeiro, há de se considerar algumas peculiaridades subjacentes que tornaram o reequilíbrio indevido, como, por exemplo, quando a variação cambial não influencia no fornecimento, na hipótese de o contratante já deter os produtos em estoque.

Assim, o TCU²⁰ considera que a variação cambial não pode ser vista isoladamente, para permitir a recomposição do contrato administrativo, devendo, portanto, ser combinada com outros fatores, como, por exemplo:

- (a) Quando da vinculação contratual, *a onerosidade não poderia ser previsível*;

¹⁷ TCU, Acórdãos nº 1.563/2004-Plenário e 1.744/2003-2ª Câmara, dentre outros.

¹⁸ “ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATO ADMINISTRATIVO. DISSÍDIO COLETIVO QUE PROVOCA AUMENTO SALARIAL. REVISÃO CONTRATUAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. FATO PREVISÍVEL. NÃO-INCIDÊNCIA DO ART. 65, INC. II, ALÍNEA “D”, DA LEI N. 8.666/93. ÁLEA ECONÔMICA QUE NÃO SE DESCARACTERIZA PELA RETROATIVIDADE. 1. É pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que eventual aumento de salário proveniente de dissídio coletivo não autoriza a revisão o contrato administrativo para fins de reequilíbrio econômico-financeiro, uma vez que não se trata de fato imprevisível - o que afasta, portanto, a incidência do art. 65, inc. II, “d”, da Lei n. 8.666/93. Precedentes. 2. A retroatividade do dissídio coletivo em relação aos contratos administrativos não o descaracteriza como pura e simples álea econômica. 3. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no REsp. nº 957.999-PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, j. 22/6/2010). Ainda: STJ, REsp. nº 650.613-SP, REsp. nº 668.367-PR, REsp. nº 411.101-PR (RSTJ 181/169), AgRg no REsp. nº 417.989-PR, REsp. nº 650.613-SP, REsp. nº 411.101-PR, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJ de 08/09/2003.

¹⁹ STJ, REsp. nº 668.367-PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, j. 21/9/2006.

²⁰ TCU, Acórdão nº 3.282/2011, Pleno; TCU, Acórdão nº 1.568/2015, Pleno, TCU, Acórdão nº 1.085/2015, Pleno.

- (b) Quando há um *aumento súbito e anormal*²¹; e
- (c) Quando há *elevação nos cursos que retardem ou impeçam a execução do contrato*²².

Caso não se evidencie estas *situações cumuladas*, não é possível transferir ao Estado os prejuízos decorrentes da álea de negócio vinculado à variação futura de determinada moeda estrangeira²³. Enfim, estes seriam exemplos dos influxos que a álea econômica pode ou não influir na recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

Isso certamente se aplica a contratos de longo prazo, como contratos de concessão de serviço público, os quais estão sujeitos a mudanças constantes e a várias contingências, ordinárias ou extraordinárias, acentuadas em cenários macroeconômicos. Muitos deles são fortemente impactados por fatores transnacionais. Veja que o contexto que marcou o surgimento da *teoria da imprevisibilidade* no direito administrativo, pode-se observar que ela foi marcada por fatores pouco sofisticados. E, no caso, o principal interesse, portanto, da construção identificada pelo Conselho de Estado no início do século XX era, portanto, compensar as deficiências das estipulações contratuais (CHAPUS, 2001, p. 1.211; DUGUIT, 1913, p. 32).

E o efeito do tempo possui relevância também à onerosidade excessiva que visa a pretender o reequilíbrio não previsto no contrato. Até porque ela pode atingir qualquer contrato que não seja instantâneo. No caso, a revisão da prestação diferida – que precisa de um tempo para ocorrer (exemplo: empreitada) – a onerosidade é *ex tunc*. Mas nos contratos de duração, a onerosidade operará *prospectivamente (ex nunc)*.

É, ainda, por deveras importante, perceber que os contratos duradouros são “contratos lacunosos” – e isto já se referenciou aqui. As lacunas estão propositalmente alocadas no negócio, porque não se pode discutir e prever tudo de plano, porque, no futuro, não se sabe como as coisas estarão postas. E pode se ter lacunas supervenientes. Assim, os contratos de duração como as concessões de serviço público, por exemplo, são *negócios imperfeitos* (PAGLIANTINI, 2006, p. 170).

Portanto, o *comportamento das partes será muito relevante*, porque são estas posturas que virão a preencher estas lacunas. Nos contratos com prazo determinado, figuras de comportamento contraditório ou de má-fé é bem mais difícil de serem percebidas. Exemplo: até que ponto a tolerância se comporta como uma *supressio* ou uma *surrectio* (MARTINS-COSTA, 2008, p. 57-95). E isto gera uma consequência imediata na interpretação destes contratos. É ilusório pensar que a intenção das partes, ao longo do tempo, não sofreu câmbios.

6 ÁLEA ADMINISTRATIVA

A *álea (risco) administrativa* ocorre quando um *evento imprevisível* ou *previsível, mas de consequências imprevisíveis é causado pelo Poder Público* (que pode nem ser aquele contratante), e gera uma *maior onerosidade ao contratado*. Assim, diante dessas circunstâncias e com fundamento no *enriquecimento sem causa* o reequilíbrio econômico-financeiro pode ser recomposto (HEINEN, 2020, p. 1.061). Caso se pudesse atribuir tais onerosidades ao contratado, contrariar-se-ia a *segurança das relações jurídicas* e à *boa-fé* (PÉQUIGNOT, 1945, p. 433-434).

²¹ O STJ decidiu que a elevação abrupta do câmbio pode representar fato superveniente capaz de ensejar a revisão contratual, devendo o ônus correspondente ser repartido entre credor e devedor (STJ, AgRg no Ag nº 456.644-RJ, Rel. Min. Barros Monteiro, Quarta Turma, j. 12/12/2005).

²² O STJ entendeu que, em janeiro de 1999, a súbita desvalorização da moeda nacional (real) frente ao dólar norte-americano configurou causa excepcional de mutabilidade dos contratos administrativos, permitindo a recomposição desta equação – STJ, RMS nº 15.154—PE, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 19/11/2002. No mesmo sentido: TCU, Acórdão nº 64/2000, Pleno.

²³ STJ, REsp. nº 549.873-SC, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 10/08/2004 – muito embora tal julgado não se refira a contrato administrativo, mas a contrato de direito privado.

Até porque, isto seria um completo desestímulo aos agentes do mercado virem contratar com o Poder Público (BÉNOIT, 1958, p. 688).

De outro lado, é impossível que as mesmas circunstâncias vivenciadas no âmbito normal da livre iniciativa (*álea econômica*) pudessem ser cobradas do Estado, pelo mesmo fundamento do enriquecimento sem causa. Por isto, § 5º do art. 65 da Lei nº 8.666/93 permite a recomposição contratual apenas quando os eventos derivam da álea administrativa. Tal dispositivo regula a pretensão de alteração do ajuste quando tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, editados após a data da apresentação da proposta repercutem nos preços contratados. Tal situação implica a revisão do negócio para mais ou para menos, conforme o caso.

A partir do dispositivo mencionado, concluímos com facilidade que eventual reequilíbrio econômico-financeiro derivado da *incidência de maiores ônus sobre os custos do contrato* é possível de ser feita. Mas isso *deve ser visto de maneira concreta e casuística*. Quer-se dizer, com isto, que nem todos os fatores serão hábeis e suficientes, *a priori* e de antemão, à revisão dos contratos.

É imprescindível (e este é o ponto crucial da questão) que exista uma *mudança significativa* e que ela *impacte diretamente no preço do contrato*. Logo, o tributo alterado ou incidente de forma inédita deve afetar, de forma candente, aquela obrigação específica que foi ajustada entre as partes. Então, esta majoração da carga tributária constitui ônus que deve ser sopesado com os riscos inerentes a qualquer atividade mercantil.

A intromissão do Estado no negócio jurídico pode existir somente e tão-somente nos casos admitidos pela lei, seja exercendo suas *prerrogativas* (v.g. *cláusulas exorbitantes* ou *regime derogatório* – art. 58 da Lei nº 8.666/93), seja um ato público que se considere *fato do príncipe*, na forma do art. 65, § 5º, da mesma *Lei Geral de Licitações e Contratos Públicos*²⁴ (HEINEN, 2020, p. 1.059).

Para contornar os problemas das áleas administrativa e econômica, três espécies de cláusulas podem ser previstas para tutelar o risco:

- (a) Cláusulas de adaptação automáticas. Exemplo: cláusulas de indexação;
- (b) Cláusulas de adaptação semi-automáticas. Exemplo: cláusula de cobertura de oferta;
- (c) Cláusulas de adaptação não automáticas. Exemplo: cláusula que impõe a renegociação do negócio jurídico.

Essa proposta aproxima-se muito com as “cláusulas de *hardship*” do direito privado (BERTEA, 2009, p. 33). Em ambos os sistemas jurídicos (público e privado), reclama-se uma alteração que afeta a base original do contrato, causando um rigor injusto, ou seja, que viola o equilíbrio inicial do contrato. Trata-se de uma disposição contratual voluntária, ou seja, tal instituto privilegia a autonomia das partes.

Assim, é valiosa a cláusula de *hardship*, perfazendo uma “modelagem sinalagmática evolutiva” (MARTINS-COSTA, 2010, p. 11- 39; ARAÚJO, 2005, p. 412), a fim de facilitar a conservação do equilíbrio dos contratos. Assim, quer-se evitar que o negócio jurídico feito entre as partes deixe de ter sentido econômico a elas.

No *hardship*, tenta-se evitar a impossibilidade de execução do contrato, porque tal cláusula tenta desonerar uma das partes, permitindo a renegociação do ajuste²⁵. E o evento pode ser imprevisível ou incerto e inevitável, porque a parte não pode contribuir para a ocorrência deste evento. Como o *hardship* é uma cláusula, não pressupõe requisitos previamente estabelecidos. As

²⁴ Lei nº 8.666/93, art. 65 § 5º: “Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.”

²⁵ A cláusula de *hardship* é muito encontrada nos contratos de longa duração.

partes podem definir os elementos que a constituem. Por isto, tal instituto é muito mais uma técnica. E isto diferencia o instituto da *teoria da imprevisão*.

Então, o mote principal da cláusula de *hardship* consiste em evitar a extinção do contrato, tentando estabelecer um regime de mútuo interesse. Para tanto, há de se ter uma alteração fundamental no equilíbrio do contrato. Exemplo: o desequilíbrio pode ser visto a partir do encarecimento (aumento do custo) das prestações, fazendo com que o valor econômico do contrato seja bastante abalado.

Tal situação deve ser considerado imprevisível ou incerto, bem como a exterioridade (parte não pode dar causa ao evento) e inevitabilidade (se a parte poderia impedir o evento, e não o fez, não pode se valer da cláusula de *hardship*). Tem por objeto os efeitos do evento, e não propriamente focar acerca do evento. Os critérios da inevitabilidade ou da imprevisibilidade podem ser mais ou menos definidos, sendo uma cláusula aberta.

Isso quebra a ideia de imutabilidade dos pactos, temperando-se a ideia trazida à tona pelo instituto do *pacta sunt servanda*, ou seja, atenua a inflexibilidade do princípio da força obrigatória dos contratos. Há uma inerência destas cláusulas nos contratos de longa duração, sendo o tempo um elemento essencial. E o negócio deverá deter uma maleabilidade. Assim, a utilidade dos contratos, que deve ser bilateral e válida, é uma marca essencial no reequilíbrio econômico-financeiro, e que deve ser mantida durante o ajuste, porque a operação econômica deve ser útil a ambos os contratantes, como dito.

7 NÃO HÁ O DEVER LEGAL DE REEQUILIBRAR OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Quando a pandemia causada pela *Covid-19 (Coronavírus)* atingiu intensamente os contratos administrativos, os fatores de incerteza ganharam enorme prestígio. A pandemia mencionada é típica força maior e se desconhece quem duvide desta interpretação, até porque, infelizmente, ninguém conseguiu conter em definitivo o vírus. E ele onerou sensivelmente os contratos administrativos. Como resolver essa situação? Vamos voltar ao princípio das coisas.

Primeiro, desde do direito romano antigo, os contratos possuem duas fontes: a lei e as suas cláusulas. Logo, antes de mais nada, as partes contratantes devem avaliar se o próprio pacto não resolve a situação – essa é a primeira providência antes de qualquer outra compreensão que se queira a dar ao tema. E isso fica claro a partir da dicção do art. 54 “caput” da Lei nº 8.666/93 (*Lei Geral de Licitações e Contratos Públicos*), o qual coloca como fonte primária da interpretação dos negócios jurídico-administrativos as suas cláusulas. Por exemplo: muitos contratos (normalmente de concessão de serviço público) possuem matriz de risco que é a disposição negocial que, sinteticamente, distribui entre os contratantes os ônus que ocorrem depois de assinado o negócio. Logo, ali pode desde já estar a resposta à pergunta: quem suporta os prejuízos decorrentes da *Covid-19*?

Caso o contrato não fale nada sobre isso, o que não é surpreendente por ser a realidade da maioria dos pactos feitos pela Administração Pública, deve-se imprescindivelmente perceber qual a espécie de contrato que estamos diante: se de fornecimento, regido pela Lei nº 8.666/93; se de concessão comum, regido pela Lei nº 8.987/95; se de parceria público-privada, regido pela Lei nº 11.079/04; etc. Cada qual possui um regime jurídico diverso que trata do tema, e será ele que guiará as considerações sobre o reequilíbrio econômico-financeiro²⁶.

Nos contratos de fornecimento, Lei nº 8.666/93, diz-se que o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal disciplinaria o equilíbrio econômico-financeiro. Contudo, tal dispositivo fala em manter “as condições efetivas da proposta, nos termos da lei.”. Então, quem dita a forma de

²⁶ Historicamente, no Brasil, sempre se defendeu a existência de uma cláusula *rebus sic stantibus* nos contratos administrativos de concessão de serviço público, mas atrelada àquilo que dispunha a legislação (FONSECA, 1958, p. 293-294).

reequilíbrio, nos contratos deste tipo, em que o Poder Público “adquire” bens, serviços ou obras dos particulares, é a Lei nº 8.666/93. Vamos a ela:

- O art. 57, § 1º, inciso II, assim dispõe: “Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, (...) desde que ocorra: (...) superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;”. Então, o reequilíbrio *pode* ser feito – não há uma determinação. A lei não o impõe. Pensar diferente é colocar palavras ou compreensões não abarcáveis pela regra citada. E mais, o dispositivo admite somente e tão somente uma readequação quanto à prorrogação de prazos do contrato, não falando nada em relação à uma compensação financeira;
- Depois, a Lei nº 8.666/93 vai tratar do tema no art. 65, inciso II, alíneas “c” e “d”, especialmente. Contudo, em ambos os casos, a lei não deixa dúvidas: a modificação somente pode ser feita por “acordo das partes” (sic.). Tanto é verdade, que as modificações unilaterais, listadas no inciso anterior, sequer falam no tema do reequilíbrio por caso fortuito ou força maior – objeto da nossa análise;
- E os §§ 5º e 6º complementam o manancial de regras do art. 65. Contudo, tais disposições não tratam de força maior. Disciplinam casos de *fato do príncipe* (quando por ação externa ao contrato o Poder Público causa uma maior onerosidade ao particular – exemplo: majoração de tributos que impactam na prestação pactuada); ou quando o Estado contratante modifica unilateralmente o contrato (exemplo: decide não construir mais uma escola com dez salas de aula, como originalmente pactuado, mas sim com doze).
- A *Lei Geral de Licitações e Contratos Públicos* confere ao contratado um único direito da ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato: de (a) rescisão do pacto (art. 78, inciso XVII); (b) de não ser penalizado pela inexecução; (c) caso exista rescisão, o contratado tem direito à devolução de garantia; pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão; pagamento do custo da desmobilização (art. 79, § 2º).

Portanto, não se precisa sequer buscar uma interpretação histórica para compreender que *não há o dever de negociar*. A interpretação sistemática das normas constitucionais e legais dá conta de provar que este dever de negociar e este direito subjetivo ao reequilíbrio econômico-financeiro não estão previstos na lei, quando derivados de caso fortuito ou força maior. Eles existem para outras situações.

Aliás, para não deixar passar, uma interpretação histórica do tema, retomando o julgamento do caso da companhia que abastecia a iluminação pública de Bordeaux (*Cie. générale d'éclairage de Bordeaux*), decidido em 30 março 1916, pelo Conselho de Estado francês, o conhecido “caso do gás de Bourdeaux”, que é a referência mundial ao tema, seria contrária à tese que há o dever de negociar (GAUDEMET, 2001, p. 713; DUGUIT, 1913, p. 32).

De mais a mais, a pandemia causada pela *Covid-19* gerou uma *onerosidade para ambos os contratantes*. Em assim sendo, a aplicação de qualquer teoria, seja da quebra da base objetiva, da imprevisão etc. deverá perceber que os ônus foram suportados tanto pelo particular, quanto pelo Estado. A lógica das teorias revisionistas parte de dois pressupostos: evitar o enriquecimento sem causa de uma das partes contratantes em relação a outra, ou perfazer uma justa distribuição dos ônus (SIDOU, 1978, p. 122). Contudo, a pandemia, como dito, onerou ambas as partes do ajuste. Daí porque não se percebe desigualdade a ser corrigida.

Logo, não se vê um desequilíbrio contratual para uma só das partes, porque ambas perderam com a pandemia. E esse fator parece ser esquecido por muitos daqueles que advogam o dever de reequilíbrio em contratos de fornecimento, e é, como se viu neste trabalho, o ponto inicial e o elemento nuclear a se pensar a redistribuição dos ônus.

Como também se expôs, todo contrato possui risco, ou como se diz: possui “álea econômica”. E esse risco é típico do mercado e assumido por quem contrata. Segundo, nada impede que o Estado subsidie financeiramente certos setores, auxiliando na sua recuperação, como aconteceu com o setor da distribuição de energia elétrica, recentemente. Mas isso não é reequilíbrio econômico-financeiro, e sim, política pública – coisas bem diversas.

CONCLUSÕES

Com a partilha equilibrada dos riscos entre as partes contratantes, consegue-se um incentivo racional para as partes negociarem, o que gera consequências financeiras bastante eficientes. Quanto mais se precisar de teorias ou de interpretações para dirimir as omissões de um contrato, menos ele será economicamente adequado.

Então, com base no que se disse, conclui-se objetivamente que as incertezas são eventos extraordinários não se confundem com o risco ou álea econômica. Os primeiros relacionam-se a eventos imprevisíveis ou previsíveis com consequências imprevisíveis, a ocorrer no futuro, ou seja, tempos depois de firmado o contrato.

Além disso, demonstrou-se que o risco ou a álea econômica são prognoses. Compreendem possibilidades de que um evento possa ou não vir a ocorrer. De outro lado, risco não se confunde com incerteza. No risco, há como estabelecer probabilidades, porque se detêm informações relevantes neste sentido. Na incerteza, não há informações sobre a ocorrência do evento ou sobre suas consequências. Então, a incerteza pode aumentar o risco. “Risco” e “incerteza” se relacionam aos fatores de atribuição de responsabilidade para suportar a onerosidade derivada do evento extraordinário. Em outras palavras, prescrevem os limites de responsabilidade contratual.

E outro lado, o “risco contratual” não pode ser presumido, ou seja, atribuído de modo tácito. Deverá ser compreendido a partir do (1) contrato e da (2) lei, sendo estas as fontes primárias a interpretação do tema. Diante de contratos incompletos, a definição dos fatores de risco é nodal. Lembrando que a incompletude do negócio pode derivar da natureza deste (v.g. contratos de concessão de longo prazo etc.) ou da vontade das partes – neste último caso, o contrato seria propositadamente incompleto, relegando ao futuro o debate sobre a responsabilidade contratual, caso o fato extraordinário venha a ocorrer e gerar uma maior onerosidade;

O adimplemento de um contrato administrativo de longa duração, como as concessões e permissões e serviço público ou de uso de bem público ocorrem com a execução. Enfim, acontecerão ao longo da relação contratual. Há um “dever sem dia”, porque sempre se deve prestar o contrato. É diferente em se ter uma prestação parcelada, em relação ao negócio que revela várias prestações.

As relações contratuais privadas possuem ter base na *justiça comutativa*, que serve para corrigir as desigualdades da *justiça distributiva*, ao se estabelecer trocas, recebendo bens que não se tem, e fornecendo outros a outrem que não os têm. Em termos de contratos administrativos, essa lógica é presente, mas temperada, por conta de que se deve tutelar finalisticamente um terceiro: o cidadão.

De outro lado, não se pode perder de vista que é por meio dos contratos públicos que o Estado consegue tomar posse de bens que não se possui, sem fazer uso de atitudes unilaterais como a desapropriação, a requisição administrativa – apropriando-se riqueza de forma distributiva –, ou mesmo ficar à mercê de voluntárias doações privadas.

Nas trocas, estabelece-se uma determinada escolha, exercendo-se a liberdade contratual. E, nesse ponto: o risco não previsto no ajuste, ou seja, a incerteza passa a ser sempre um problema extracontratual, porque irá atuar uma vez já feita a escolha. O que o Estado deve fazer é criar condições protetivas para o cidadão fazer escolhas efetivas quando da contratação. Exemplo: dever de informação protege a escolha, corrigindo parâmetros desequilibrados, não tomando uma atitude paternalista; previsão de justa distribuição de riscos previsíveis etc.

Mas as leis não o comprometem a negociar em tempos futuros. Este é o ponto nodal a ser aqui percebido. No plano das relações comutativas e feitas com particulares, não poderiam ser estabelecidas atitudes paternalistas, sob pena de se fixar um paternalismo estatal indevido²⁷.

A pandemia causada pela *Covid19* determinou modificações substanciais no comportamento, na cultura, nas organizações etc. E o Estado não ficou à margem dessa metamorfose. A importância de se compreender esse panorama é nodal, na medida em que se consegue programar a organização estatal e as atividades administrativas a se adaptar aos câmbios sociais, políticos e culturais.

Em relação aos negócios jurídicos, é certo que a pandemia causada pelo mencionado vírus é uma incerteza – porque, por óbvio, completamente imprevista. E gerou efeitos nodais nos ajustes em curso. O impacto que ela causou em inúmeros setores foi por deveras intenso, especialmente no âmbito dos contratos administrativos. A conjuntura posta é típica força maior e se desconhece quem duvide desta interpretação, até porque, até o momento, infelizmente ninguém conseguiu conter em definitivo o vírus.

A pandemia gerou uma onerosidade para ambos os contratantes. Em assim sendo, a aplicação de qualquer teoria, seja da quebra da base objetiva, da imprevisão etc. deverá perceber que os ônus foram suportados tanto pelo particular quanto pelo Estado. Logo, não se percebe um desequilíbrio contratual para uma só das partes, porque ambas perderam com o tal estado de coisas.

Por fim, três destaques são expostos. Primeiro, todo contrato possui risco, ou, como se diz, possui “álea econômica”. E esse risco é típico do mercado e assumido por quem contrata. Segundo, nada impede que o Estado subsidie financeiramente certos setores, auxiliando na sua recuperação, como aconteceu com o setor da distribuição de energia elétrica, recentemente. Mas isso não é reequilíbrio econômico-financeiro, mas, sim, política pública — coisas bem diversas. Terceiro, o tema deve ser analisado a partir das leis que tutelam o reequilíbrio.

REFERÊNCIAS

ALPA, Guido. Rischio. In: CALASSO, Francesco (org). *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1989. v. 40. p. 1158.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. São Paulo: Saraiva, 1965.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.

ARAÚJO, Nadia de. Contratos internacionais e a cláusula de *hardship*: a transposição de sua conceituação segundo a *lex mercatoria*, para o plano interno nos contratos de longa duração. In:

ROSADO, Marilda (org.). *Estudos e pareceres: direito do petróleo e gás*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato incompleto*. Rio de Janeiro: Atlas, 2015.

²⁷ A obra de Nassim Nicholas Taleb (2018) parece fazer todo o sentido aqui. Paternalismo: trata-se da interferência do Estado nas escolhas do cidadão para protegê-lo, para fazer justiça distributiva ou comutativa. Exemplo: Se o estado adotar um imposto de renda progressivo para garantir distribuição igualitária da riqueza, não se questiona como os cidadãos gaste seu dinheiro. O mesmo pode ser dito se o Estado intervir para definir as taxas salariais (GORDLEY, 2007, p. 1.743).

BANDEIRA, Paula Greco e TERRA, Aline de Miranda Valverde. A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de risco nos contratos. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Civil, v. 6, out.-dez 2015, p. 9-25.

BÉNOIT, Francis-Paul. *Le droit administratif français*. Paris: Dalloz, 1968.

BERTEA, Stefano. *The normative claim law*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2009.

CHAPUS, René. *Droit administratif général*. Paris: Montchrestien, 2001.

CHÉNEDÉ, François. *Les emprunts au droit privé en matière contractuelle*. Paris: AJDA, 2009.

COHEN, S.; EIMICKE, W., *The effective public manager: achieving success in government organizations*. São Francisco: Jossey-Bass, 2013.

DELVOLVÉ, Pierre; LAUBADÈRE, André de; e MODERNE, Frank. *Traité des contrats administratifs*. Paris: LGDJ, t. 1, 1983.

DUGUIT, Léon. *Les transformations du droit public*. Paris: Armand Colin, 1913.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

GARCIA, Flávio Amaral. A imprevisão na previsão e os contratos concessionais. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Org.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro*. Contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 119-132.

GAUDEMET, Yves. *Droit administratif general*. Paris: L.G.D.J, t. 1, 2001.

GORDLEY, James. Morality and contract: the question of paternalismo. *William & Mary Law Review*. Londres: William & Mary Law Review Law School, v. 48, 2007. Disponível em: <http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol48/iss5/9>,. Acesso em: 30 mai. 2020.

HEINEN, Juliano. *Curso de direito administrativo*. Salvador: Juspodivm, 2020.

HUGÉ, Albane e RUELLAN, Aymeric. *Le partage des risques et la portée matérielle des théories de la force majeure, du fait du prince et de l'imprévision*. Paris: AJDA, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

KNIGHT, Frank H. *Risk, uncertainty and profit*. Nova Iorque Houghton Mifflin Company, 1921.

LEDOUBLE, Dominique. *L'entreprise et le Contrat*. Paris: Librairies techniques, 1980.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 25, abr.-jun. 2010, p. 11- 39.

_____. Os Avatares do Abuso de Direito e o Rumo Indicado pela Boa-fé. In: *Direito civil contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 57-95.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público: inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010.

OLIVEIRA, Anísio José de. *A cláusula rebus sic stantibus através dos tempos*. Belo Horizonte: sem editora, 1968.

OPPO, Giorgio. I contratti di durata. *Rivista di diritto commerciale*, 1943, p. 144-249.

PAGLIANTINI, Stefano. *Le Risoluzione dei Contratti di Durata*. Milano: Giuffrè, 2006.

PÉQUIGNOT, Georges. *Théorie générale du contract administratif*. Paris: A. Pédone, 1945.

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

PEZ, Thomas. *Le risque dans les contrats administratifs*. Paris: L.G.D.J., 2013.

PINDYCK, Robert e RUBINFELD, Daniel. *Microeconomia*. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Parte especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, t. LII, 1984.

RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs: Melhores Práticas em Licitações e Contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.

SIDOU, J. M. Otho. *Revisão judicial do contrato e outras figuras jurídicas*. A clausula rebus sic stantibus. Dos efeitos da fiança. Empresa individual de responsabilidade limitada. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

TALEB, Nassim Nicholas. *Arriscando a própria pele*. Assimetrias ocultas no cotidiano. São Paulo: Objetiva, 2018.

TORGAL, Lino. Sobre a nova definição europeia de concessão (Diretiva 2014/23/UE). In: MOREIRA, Egon Bockmann (Org.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro*. Contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 219-244.