

RISCOS E INCERTEZAS EM CONTRATOS PÚBLICOS DE CONCESSÃO: UMA ANÁLISE ECONÔMICA DA REPARTIÇÃO DE RESPONSABILIDADES[†]

Milton Carvalho Gomes

Sumário: Introdução. A distinção entre risco e incerteza e sua importância no âmbito contratual. Conceitos de risco e incerteza. A mensurabilidade como critério diferenciador. A Incerteza Radical. Riscos, incertezas e as limitações do modelo de racionalidade econômica. Limitação de responsabilidade pelos riscos e sua contratualização – os princípios jurídicos de *Hadley v. Baxendale*. O caso *Hadley v. Baxendale*. Os limites da responsabilidade por danos decorrentes do descumprimento contratual. Os danos decorrentes de circunstâncias especiais não comunicadas. A comunicação das circunstâncias especiais e os limites da responsabilidade por danos. O ajuste do nível de cautela como fundamento para a limitação da responsabilidade pelo risco. A doutrina da previsibilidade e a alocação de riscos no contrato. Os limites de responsabilidade pelos riscos nos contratos de concessão no Brasil. O princípio da livre alocação de riscos contratuais. Limites de responsabilidade por riscos não alocados textualmente em contrato. Regra geral – doutrina da previsibilidade. Regra especial: distribuição *ex post* de riscos excepcionais. Limitação de responsabilidade pelos riscos alocados textualmente em contrato. A transferência genérica de riscos e a cláusula de *hardship*. Conclusões. Bibliografia

INTRODUÇÃO

[†] Artigo apresentado ao Programa de Doutorado em Direito da Universidade de Lisboa, na disciplina *Seminário de Investigação de Análise Económica do Direito*, ministrada pelos Professores Doutores Fernando Araújo e Paula Vaz Freire.



adequada modelagem jurídica de contratos públicos de concessão, especialmente aqueles de longa duração, pode ser determinante na proteção dos interesses públicos envolvidos. Essa modelagem resulta de um complexo processo decisório que envolve diversos aspectos da contratação, dentre eles o objeto, as obrigações e responsabilidades das partes, os mecanismos de pagamento, a alocação de riscos do projeto, a flexibilidade do contrato a alterações posteriores e os mecanismos de incentivos ao cumprimento.

No que toca especificamente à alocação de riscos, a modelagem contratual busca antecipar ocorrências mais prováveis e fixar, desde logo, qual das partes suportará as suas consequências. Nesse aspecto, a maior amplitude do fator *tempo* expõe os contratos de longa duração a mais contingências durante sua execução, exigindo esforços de modelagem que os tornem capazes de absorver os impactos desses eventos ocasionais.

A amplitude do espectro de possíveis ocorrências futuras impede que o contrato seja completo, impossibilitando que seu texto traga respostas a todos os eventos futuros, no momento da contratação – havendo muitos deles absolutamente inimagináveis em contratos de longa duração. Essa incompletude contratual – incapacidade de previsão completa de todos os cenários futuros que podem impactar no contrato – é também algo que demanda um tratamento jurídico próprio.

A discussão sobre a modelagem jurídica do risco em contratos de concessão é de grande relevância no campo das concessões de infraestruturas de transportes no Brasil – em especial de rodovias, ferrovias e aeroportos – tendo em vista o impacto direto que tais projetos exercem na vida de milhões de cidadãos que utilizam essas estruturas diariamente, bem como os diversos fatores de risco aos quais estão expostos. Nesse campo, a escolha do modelo de repartição de riscos repercute diretamente em ao

menos dois aspectos: na precificação das propostas ofertadas em leilão – refletindo no valor da tarifa que será cobrada – e no cumprimento das obrigações contratuais. Um bom desenho contratual diminui as incertezas na fase anterior à celebração do acordo, permitindo que os interessados possam ofertar preços mais ajustados, enquanto na fase de execução as regras mais claras podem incentivar soluções amigáveis sobre a responsabilidades por eventos adversos.

Em julgamento ocorrido em maio de 2018, o Tribunal de Contas da União – TCU analisou a nova modelagem para os contratos de concessão rodoviária, proposta pela Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, reconhecendo nos modelos anteriores a existência de graves falhas:

“(...) os riscos apontados residem exatamente nas situações em que a legislação é omissa e os mecanismos atualmente postos, seja em contratos ou editais, têm se mostrado insatisfatórios em assegurar a execução a contento das avenças.

(...)

“Poder Público e sociedade sabem que as vigentes concessões rodoviárias estão longe da boa e regular execução delas esperadas, com alto índice de inexecuções associado a deficiências dos instrumentos de regulação atualmente postos”¹.

As falhas mencionadas pelo TCU devem-se, em grande medida, à inadequação da modelagem contratual quanto à alocação de riscos dos projetos, conduzindo a dezenas de pedidos de reequilíbrio contratual e a sucessivos aumentos nas tarifas de pedágio. Ademais, a legislação que trata do tema não contém solução supletiva para a alocação de riscos nesses contratos, ampliando a insegurança jurídica na fase de execução, quando se verificam ocorrências que não foram expressamente previstas – ou mesmo quando ocorrências previstas resultam em consequências de maior gravidade, em prejuízo da empresa contratada.

Enquanto as leis pertinentes delegam ao contrato a

¹ (ACÓRDÃO 1174/2018 - PLENÁRIO 2018)

função de fixar as regras de repartição de riscos com ampla liberdade, os contratos firmados – quando contém tais cláusulas – não trazem previsões suficientemente claras e específicas sobre o tema. A imprecisão dos textos normativos e contratuais acerca da alocação de riscos frequentemente resulta em dois problemas: 1) comportamento oportunista do contratado, por meio de reiteradas tentativas de renegociação do contrato e de transferência de responsabilidades ao Poder Público e 2) maior exposição da burocracia estatal ao risco de captura, dada a maior discricionariedade na interpretação e aplicação do contrato.

Refletindo sobre o tema, Kennedy *et. al.* destaca os impactos negativos da incerteza na precificação de projetos de infraestrutura, dentre eles o aumento indesejado dos preços dos serviços e a redução da competitividade:

“On one hand, better quality, more complete and unambiguous information allows bidders to better price their bids, thus enabling more effective competition (reduction of contingencies for risk/uncertainty) among existing bidders. On the other hand, reduced uncertainty may diminish information asymmetries between incumbent bidders in the market and new entrants, thus increasing the number of firms bidding - i.e. there is an additional positive effect from increased competition. These two effects, however, are confounding and difficult to separate. (...) In summary, whatever the theoretical lens - contract theory or financial theory - less uncertainty is better².”

Investigando essa relação entre a modelagem jurídica do risco em contratos de concessão e o cumprimento eficiente do contrato, o presente artigo pretende analisar de que forma uma melhor elaboração das regras contratuais pode garantir uma maior proteção do interesse público. As questões serão abordadas com duplo objetivo: o primeiro deles é compreender as escolhas realizadas nos contratos atuais na distribuição do risco e as consequências práticas dessas escolhas; e o segundo é formular contribuições para o aprimoramento da modelagem contratual, objetivando subsidiar a tomada de decisão sobre a

² (Kennedy, et al. 2018, 18)

construção de contratos futuros.

Partindo da distinção econômica entre *risco* e *incerteza*, este artigo buscará compreender como essa classificação pode impactar na modelagem contratual, investigando ainda o tratamento jurídico dessas diferentes situações. Enquanto o *risco* pode ser calculado *ex ante*, admitindo a repartição contratual das responsabilidades de cada parte por sua ocorrência, a *incerteza* não está sujeita a cálculo, situando-se em um nível de indeterminação mais profundo³, demandando, assim, tratamento jurídico específico.

A contratualização de riscos influi decisivamente na forma como as partes se comportarão no cumprimento do contrato em um cenário de incertezas, gerando incentivos para que minimizem os danos ou reduzam a probabilidade de sua ocorrência. A comunicação clara dos riscos envolvidos no projeto e a fixação e delimitação das responsabilidades das partes são importantes estágios dessa contratualização⁴, cumprindo as funções de um *fair disclosure* sobre as expectativas recíprocas⁵.

De outro lado, quanto às incertezas, tendo em conta a impossibilidade de realização de cálculos sobre sua ocorrência e/ou sobre seus impactos, a melhor solução contratual é a construção de um mecanismo para a repartição posterior das suas consequências. Para essa função, será aqui proposta a utilização de uma espécie de cláusula de *hardship*, cuja modelagem é flexível e admite completa conformação ao contexto particular dos contratos públicos de concessão.

As soluções propostas utilizarão como fundamento o princípio jurídico da razoável previsibilidade, também conhecido como doutrina da previsibilidade, desenvolvida para a fixação de limites de responsabilidade por dano resultante de inadimplemento contratual, porém também aplicável no contexto

³ (Knight 1964)

⁴ (Bebchuk and Shavell 1991)

⁵ (Eisenberg 1992)

da partilha de riscos, com as devidas adaptações. A fundamentação jurídica é extraída de um importante precedente judicial do Direito Comparado, no caso conhecido como *Hadley v. Baxendale*, originário do Direito Inglês.

Serão sugeridos critérios para a interpretação contratual sobre os limites de responsabilidade das partes por eventos futuros nos contratos de concessão vigentes, bem como para o aprimoramento de contratos de concessão no futuro, com a finalidade de tornar mais eficiente o regramento do risco na modelagem desses contratos. O que se pretende é que com a fixação de limites objetivos de responsabilidade das partes – parceiro público e parceiro privado – o contrato de concessão amplie seu caráter informativo e possibilite a redução de conflitos na fase de execução contratual.

Para essa finalidade, este artigo será dividido em três partes. Na primeira, serão apresentados e discutidos os conceitos de risco e incerteza a partir de seu desenvolvimento na ciência econômica. A segunda abordará o caráter informativo do contrato e as regras de limitação de responsabilidade baseadas na previsibilidade – possibilitando o gerenciamento de risco e a adoção de um nível ajustado de prevenção, a partir da análise dos princípios jurídicos extraídos do precedente inglês *Hadley v. Baxendale*. A terceira partirá de uma reflexão sobre o modelo de alocação de riscos na legislação e nos atuais contratos de concessão no Brasil e buscará desenvolver uma proposta de interpretação sobre os limites de responsabilidade das partes nesses contratos, trazendo ainda sugestões para o aprimoramento do modelo atual de partilha de riscos, para contratações futuras.

A DISTINÇÃO ENTRE RISCO E INCERTEZA E SUA IMPORTÂNCIA NO ÂMBITO CONTRATUAL

CONCEITOS DE RISCO E INCERTEZA

Os conceitos de risco e incerteza são ainda pouco explorados no Direito brasileiro. Embora tenham merecido maior atenção dos economistas, especialmente no último século, a diferenciação entre eventos considerados como risco e aqueles abrangidos pelo conceito de incerteza, no que toca às atividades econômicas, é raramente encontrada na literatura jurídica.

Essa distinção, porém, parece cobrar maior atenção nos tempos atuais, dada a aceleração de eventos interconectados, de impacto global, e o constante surgimento de novas fontes de incerteza, na denominada *modernidade tardia*⁶. A produção de novos riscos é acelerada na sociedade industrial pós-moderna e os agentes econômicos encontram nas relações contratuais um mecanismo de estabilização de parte de suas expectativas. Contratam buscando ampliar a segurança em seus ambientes de negócios. Ao mesmo tempo, o cenário de indeterminação quanto ao futuro impõe aos contratantes a necessidade de combinar previamente as regras de responsabilidade decorrentes de eventos futuros que possam afetar o cumprimento normal do contrato.

A distinção conceitual entre risco e incerteza no campo econômico foi consagrada por Frank Knight, em seu livro *Risk, Uncertainty and Profit*, de 1946. Knight inicia sua abordagem apontando para as dificuldades das teorias econômicas para fazer previsões, por limitações metodológicas, e pondera que há uma grande proporção de fatores econômicos que não podem ser abrangidos por modelagens, por possuírem muitos elementos variáveis e flutuantes⁷. Afirma então a incapacidade de previsão de ocorrências no campo econômico por meio de probabilidade

⁶ Beck (Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade. 2ª ed. Tradução de Sebastião Nascimento 2011) define o risco como um elemento caracterizador dessa nova modernidade, deslocando as preocupações sociais sobre as formas de distribuição de riqueza do centro do debate sociológico, para nele incluir o debate sobre o compartilhamento dos riscos gerados pela sociedade.

⁷ Segundo Knight (*Risk, uncertainty and profit*. Reprints of Economic Classics 1964, 12), “[t]he general principles do not bring us so close to reality; there is a larger proportion of factors in an economic situation which are of the variable and fluctuating sort”.

matemática, reconhecendo, porém, a possibilidade de uso da estatística como forma de aproximação baseada em ocorrências anteriores semelhantes.

Refletindo sobre a indeterminação do futuro, Knight propõe observar o problema a partir de uma classificação dos métodos de previsão baseados em probabilidade. O primeiro deles, que denominou *probabilidade a priori*, é aquele que pode ser computado de forma matemática, pelo conhecimento de princípios gerais que regem a situação analisada. Explica que essa primeira forma de cálculo probabilístico pode ser verificada no lançamento de dados, onde se pode calcular *a priori* as chances de ocorrência de cada resultado, situados que estão dentro de um universo limitado e comandado por regras conhecidas, que admitem comprovação empírica.

Em segundo lugar, apresenta o que chamou de *probabilidade estatística*, na qual os resultados não podem ser determinados antecipadamente por não se conhecer *ex ante* todos os elementos que influem no evento, impossibilitando a formulação de regras *a priori*, porém podem ser observados empiricamente, a partir da observação de ocorrências semelhantes anteriores. Knight ilustra esse caso referindo às chances de ocorrência de um incêndio em determinado edifício, que somente podem ser calculadas a partir da verificação de antecedentes de eventos similares, por meio de uma metodologia de agrupamento empírico de situações mais ou menos homogêneas⁸. A diferença entre os dois tipos de cálculo de probabilidade (*a priori* e *estatística*) são sintetizados da seguinte forma:

“We have insisted that there is a fundamental difference between "a priori" probability, on the one hand, and "statistical," on the other. In the former the "chances" can be computed on general principles, while in the latter they can only be determined empirically”⁹.

Por fim, um último tipo de cálculo de probabilidade seria

⁸ Knight (1964, pp. 231)

⁹ Knight (1964, pp.224)

o que Knight chamou de *estimativas*, para as quais não há qualquer suporte válido para o agrupamento e classificação das circunstâncias semelhantes¹⁰. Apenas este último tipo de probabilidade é denominado por Knight como *incerteza* (*true uncertainty*), diferenciando-se dos dois primeiros, que são inseridos no conceito de *risco*.

A *incerteza*, na percepção de Knight, deve ser compreendida em um sentido diverso do que é comumente abrangido pelo conceito de *risco*, por se referir a categorias bastante diferentes de situações. Por *risco* devem ser tomadas apenas as situações cujas probabilidades sejam mensuráveis por probabilidade (estatística ou *a priori*), enquanto a *incerteza* deve ser reservada às situações não passíveis de determinação por cálculo, mas somente por estimativas.

O autor recorre às ideias de probabilidades *objetiva* e *subjetiva* para ilustrar a diferença, sendo a primeira relativa ao *risco* e a segunda à *incerteza*. A diferença prática entre as duas categorias é assim descrita:

“The Practical difference between the two categories, risk and uncertainty, is that in the former the distribution of the outcome in a group of instances is known (either through calculation a priori or from statistics of past experience), while in the case of uncertainty this is not true, the reason being in general that it is impossible to form a group of instances, because the situation dealt with is in a high degree unique”.

O *risco*, portanto, abrange situações futuras cuja probabilidade de ocorrência pode ser de alguma forma calculada, ou por métodos matemáticos mais exatos, partindo do conhecimento das regras que regem o fenômeno, ou por meio de métodos estatísticos, a partir da observação, classificação e agrupamento de ocorrências passadas semelhantes, projetando-se novas ocorrências a partir de regras extraídas dessa verificação empírica. Por outro lado, a *incerteza* situa-se em um nível superior de indeterminação, dada a impossibilidade de agrupamento de

¹⁰ Knight (1964, pp. 224-225)

situações semelhantes por não as haver em quantidade ou semelhança suficientes para a formação de grupos com alguma homogeneidade.

A MENSURABILIDADE COMO CRITÉRIO DIFERENCIADOR

Enquanto a possibilidade de se calcular as chances de cada resultado possível em um lançamento de dados é decorrência do conhecimento de todos os fatores relevantes que podem influenciar nesse resultado, o mesmo não se verifica quando observamos outros eventos, naturais ou econômicos, como chuvas, terremotos, incêndios em fábricas, guerras ou crises econômicas globais. Sobre esses eventos, não temos conhecimento prévio de todos os fatores relevantes para sua ocorrência, nem sabemos como estes fatores (aqueles que são conhecidos) se comportam na interação uns com outros, o que reduz ou impede qualquer cálculo determinístico *a priori*.

No caso das chuvas, a análise de volumes e períodos em que ocorre com mais frequência possibilita a elaboração de cálculo estatístico, podendo auxiliar na tomada de decisões. Dessa forma, o cronograma de construção de estradas, por exemplo, pode (e deve) levar em consideração esse risco, cujo cálculo de probabilidade fornece a oportunidade de ajuste da conduta dos potenciais afetados.

Em outros casos, entretanto, as ocorrências podem ser mais raras, como no caso de terremotos, o que reduz a possibilidade de ajuste do comportamento, mesmo diante da consideração desse risco. Conhecimentos geológicos e cálculos estatísticos podem apontar regiões com maiores riscos de um terremoto, possibilitando a adoção de técnicas próprias de engenharia na construção de casas, mas esse cálculo não auxilia na identificação de quando ocorrerá um terremoto, por não haver uniformidade ou regularidade que possibilite agrupar eventos passados e

projetar conclusões¹¹. Há aqui um grau menor de determinação quando comparado com o risco de chuvas, em razão da menor frequência na ocorrência de terremotos e possivelmente pela existência de outros fatores não conhecidos em sua completude.

Outras situações podem ainda ser consideradas. A ocorrência de incêndios em fábricas pode ser tomada como um evento de risco. Embora não se saiba quando ou onde ocorrerão, há formas de calcular quais tipos de fábricas estão mais sujeitas a esse risco, seja pelas características do que produz, pelas técnicas de produção, pela região em que se situam ou por quaisquer outros fatores conhecidos. Há ainda formas de calcular as possíveis *consequências* de uma ocorrência desse tipo, projetando-se um dano mínimo e um dano máximo, dentro da curva de distribuição normal (gaussiana), também a partir da análise empírica de ocorrências anteriores e de suas consequências. Estamos aqui no campo do *risco*, passível de cálculo.

Vemos que os eventos de risco podem ser considerados sob duas perspectivas: a da sua *ocorrência* e a das *consequências produzidas*, permitindo avaliações sobre sua previsibilidade de forma independente nesses dois campos. Por vezes, o conhecimento sobre eventos de risco não permite saber com exatidão quando ou onde ocorrerão, porém permitem a adoção de comportamentos eficientes na prevenção, que será maior ou mais específica nas situações identificadas como de maior risco e no controle das consequências, ou seja, na preparação de ações posteriores de controle do evento, objetivando a minimização dos danos causados.

No campo contratual, vemos que quanto mais amplos os fatores que podem influir em um evento, mais diluída se torna a capacidade preditiva dos indivíduos sobre ele, restringindo gradativamente as possibilidades de adoção de cautelas eficientes, tanto na prevenção quanto no controle das consequências. Ilustrativos dessa situação são as guerras e as crises econômicas

¹¹ Como esclarece Knight (1964), eventos raros dificultam o cálculo estatístico.

mundiais, hoje ainda mais impactantes em razão da maior integração entre os sistemas econômicos nacionais.

Incontáveis fatores podem influir na ocorrência ou não desses eventos, e suas consequências podem ser extensas e atingir incontáveis aspectos da vida humana. O reduzido conhecimento e controle sobre as variáveis amplia as possibilidades de erro de qualquer tentativa de previsão nesses campos, reduzindo ou mesmo nulificando esquemas de incentivos contratuais a comportamentos eficientes. As limitações do cálculo estatístico na mensuração da probabilidade de ocorrências desse tipo, bem como de suas consequências, as colocam no campo da *incerteza*, retirando-as do conceito de *risco*. Como afirmou Mervyn King:

“[A]ssigning probabilities is particularly difficult for infrequent high-impact events such as financial crises, tsunamis, or climate change, for which there are few precedents. Because the samples of such events are so small, as we learn about these processes our assessment of their likelihood will change, possibly sharply”¹².

Esse sentido de *incerteza* é aquele descrito por John Maynard Keynes, quando se refere à cenários de completa ausência de uma base científica que nos permita calcular a probabilidade de ocorrência de um evento. O evento em si pode ser capturado pela imaginação, mas desconhecemos completamente se ou quando ocorrerá:

“By "uncertain" knowledge, let me explain, I do not mean merely to distinguish what is known for certain from what is only probable. The game of roulette is not subject, in this sense, to uncertainty; nor is the prospect of a Victory bond being drawn. Or, again, the expectation of life is only slightly uncertain. Even the weather is only moderately uncertain. The sense in which I am using the term is that in which the prospect of a European war is uncertain, or the price of copper and the rate of interest twenty years hence, or the obsolescence of a new invention, or the position of private wealth-owners in the social system in 1970. About these matters there is no scientific basis on which to form any calculable probability whatever. We

¹² (King 2010)

simply do not know”¹³.

A possibilidade de mensuração é apontada também por Mitchell Dean como uma das características próprias do risco. Nessa linha, é impossível falar de riscos incalculáveis, ou que escapem a qualquer modelo de cálculo:

“There is no such thing as risk in reality. Risk is a way - or rather, a set of different ways - of ordering reality, of rendering it into a calculable form. It is a way of representing events so they might be made governable in particular ways, with particular techniques, and for particular goals. It is a component of diverse forms of calculative rationality for governing the conduct of individuals, collectivities and populations. It is thus not possible to speak of incalculable risks, or of risks that escape our modes of calculation, and even less to speak of a social order in which risk is largely calculable and contrast it with one in which risk has become largely incalculable”¹⁴.

A mensuração das probabilidades de um evento representa, para além da mera estimativa fundada em critérios subjetivos, relevante critério diferenciador entre *risco* e *incerteza*. Os eventos abrangidos pelo *risco* têm sua ocorrência mensurável, sendo possível a utilização de dados objetivos para projetar sua ocorrência e/ou suas consequências – muito embora essa mensurabilidade não tenha como requisito de validade qualquer grau de acerto das previsões. No campo da *incerteza*, diferentemente, não há elementos objetivos que viabilizem o cálculo estatístico.

A INCERTEZA RADICAL

Ainda no campo da *incerteza*, há mais uma distinção que merece destaque, por separar os eventos cuja ocorrência não está sujeita a cálculo estatístico, no sentido de Knight e Keynes, daquelas situações que sequer sabemos que desconhecemos, surgindo o que pode ser chamado de *incerteza radical*¹⁵. Como

¹³ (Keynes 1937)

¹⁴ Dean (1999, pp. 25)

¹⁵ (Kay 2016)

afirmou John Kay, “[m]ore fundamentally there are things we do not know because we cannot imagine them”¹⁶.

A noção de incerteza radical foi capturada por Donald Rumsfeld de forma precisa, ao afirmar, em 2012, que:

“There are known knowns; there are things we know we know. We also know there are known unknowns; that is to say we know there are some things we do not know. But there are also unknown unknowns—the ones we don't know we don't know”¹⁷.

Nessa linha, podemos considerar ao menos duas dimensões da *incerteza*. Há o que sabemos que não sabemos, mas que podemos, em um exercício de imaginação, considerar sua possibilidade – e nesse exercício podemos abranger uma grande quantidade de eventos; e há um conjunto ainda maior de situações que sequer podemos imaginar, o que nos impede até mesmo um exercício de previsão hipotética. Estamos sujeitos a situações futuras que não somos nem capazes de conceber, o que nos remete a preocupações sobre a possibilidade de comportamento eficiente diante dessa da incerteza radical.

RISCOS, INCERTEZAS E AS LIMITAÇÕES DO MODELO DE RACIONALIDADE ECONÔMICA

Quaisquer graus de *incerteza* podem afetar gravemente as premissas do modelo de racionalidade econômica, fundada em suposto cálculo estatístico (mesmo que involuntário) de custos e benefícios, impossibilitando um comportamento racional dedutivo. Em uma situação de genuíno não conhecimento, ou de incerteza fundamental, não há como se falar em comportamento ótimo¹⁸.

¹⁶ Kay (2016)

¹⁷ (Rumsfeld 2019)

¹⁸ Brian Arthur coloca o problema nos seguintes termos: “To the degree that outcomes are unknowable, the decision problems they pose are not well defined. It follows that rationality—pure deductive rationality—is not well-defined either, for the simple reason that there cannot be a logical solution to a problem that is not logically defined.

Essa dificuldade imposta ao comportamento racional pela *incerteza* já foi anteriormente apontada por Frank Knight, quando afirmou que os comportamentos do indivíduo perante situações de incerteza são erráticos e muitas vezes desviam da racionalidade:

“The problem of the human attitude toward uncertainty (not for the present purpose distinguishing kinds) is as beset with difficulties as that of uncertainty itself. Not merely is the human reaction to situations of this character apt to be erratic and extremely various from one individual to another, but the "normal" reaction is subject to well recognized deviations from the conduct which sound logic would dictate” (pp.235).

A diferenciação de risco e incerteza parece exigir tratamentos contratuais (e legais) também diversos, considerando o maior ou menor interesse na manutenção do contrato diante de eventos futuros que possam impactar na sua execução. Podemos perceber que em contratos de longo prazo o tratamento do *risco* e da *incerteza* merecem atenção especial, demandando uma modelagem contratual que permita o amortecimento e absorção de eventuais impactos, possibilitando a continuidade da relação contratual ou fixando regras para seu rompimento.

No contexto contratual, a premissa econômica de que as partes se comportarão de forma racional é também afetada pela presença *incerteza* naturalmente presente em contratos de longa duração. O desenho de cláusulas contratuais que considerem essas diferenças pode ser fundamental na otimização do comportamento dos contratantes, gerando incentivos apropriados na prevenção e controle de impactos causados por eventos adversos. Por tudo isso, não parece apropriado a disciplina contratual de eventos de risco – com graduações diversas – e de incerteza sob os mesmos mecanismos, seguindo as mesmas regras.

It follows that in such situations deductive rationality is not just a bad assumption; it cannot exist. There might be intelligent behavior, there might be sensible behavior, there might be farsighted behavior, but rigorously speaking there can not be deductively rational behavior” (Arthur, 2013, pp.04).

O objetivo desde capítulo foi expor a amplitude e variedade de eventos de ocorrência possível ao longo da execução contratual, afetando o comportamento das partes e, consequentemente, sendo um fator essencial no sucesso ou fracasso do projeto contratado. O acordo celebrado em torno dessas ocorrências potenciais, em especial em contratos relacionais¹⁹ de larga vigência, pode ser feito de inúmeras formas e constitui elemento fundamental da modelagem contratual. Essa modelagem, portanto, deve ser capaz de criar camadas adequadas de amortecimento para o impacto que essas contingências podem causar, distribuindo responsabilidades *a priori* e ao mesmo tempo deixando espaço para ajustes na fase de execução contratual, fixando contratualmente procedimentos adequados para a construção dessas soluções *ex post*.

Partindo das noções de *risco e incerteza* acima apresentadas, avaliaremos sua abordagem contratual sob o prisma da capacidade de geração de incentivos eficientes ao comportamento das partes contratantes. Antes, porém, analisaremos no próximo capítulo de que forma o conhecimento prévio das circunstâncias envolvidas na contratação possibilita às partes o ajuste das medidas de prevenção e/ou o controle de consequências desses eventos. Buscaremos também compreender como o desconhecimento dessas circunstâncias limita as possibilidades de comportamento eficiente, revelando a importância do aspecto informativo do contrato na modulação de expectativas.

LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE PELOS RISCOS E SUA CONTRATUALIZAÇÃO – OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS DE HADLEY V. BAXENDALE

Como conceituado acima, riscos são eventos futuros cuja probabilidade de ocorrência pode ser de alguma forma calculada pela aplicação de métodos estatísticos, permitindo seu

¹⁹ (Araújo 2007)

gerenciamento. Buscaremos aqui investigar, a partir da análise do componente informacional do contrato, de que forma a repartição inicial e comunicada do risco pode resultar em comportamento eficiente das partes.

Para isso, partiremos da análise dos fundamentos econômicos que informam a limitação de responsabilidade das partes sobre eventos futuros que afetem o cumprimento contratual a partir do caso *Hadley v. Baxendale*²⁰. Da análise desse caso, que trata de responsabilidade por quebra contratual, buscaremos extrair os fundamentos jurídicos para aplica-los em um objeto mais amplo, que são os riscos contratuais.

O CASO HADLEY V. BAXENDALE

Antes de iniciar o relato do caso, releva destacar ser ele um dos mais importantes precedentes ingleses sobre aplicação da lei contratual, influenciando toda a construção jurídica sobre os danos resultantes de quebra contratual nos Estados Unidos e na Inglaterra e servindo como referência em julgamentos sobre o tema até a atualidade. O caso é amplamente conhecido e o texto do julgamento facilmente encontrado na internet.

Hadley era proprietário de um moinho em Gloucester, Inglaterra, o qual estava em funcionamento até que ocorreu a quebra de um eixo de transmissão, interrompendo seu funcionamento. A solução da questão exigiu a remessa da peça quebrada até a empresa fabricante, localizada em Greenwich, para que os engenheiros fabricassem uma nova peça utilizando a antiga como molde. Para o transporte do eixo quebrado até Greenwich, Hadley enviou um de seus funcionários à empresa de transporte de Baxendale (que operava sob o nome *Pickford & Co.*), para a contratação dos serviços de transporte. Por negligência do contratado a entrega foi atrasada, prolongando o tempo de confecção do novo eixo e conseqüentemente o tempo em que o moinho

²⁰ (*Hadley v. Baxendale* 1854)

permaneceu inoperante, resultando na perda dos lucros que Hadley teria obtido caso a entrega ocorresse como prometido.

Hadley ajuizou ação contra Baxendale requerendo o pagamento de indenização pelos danos sofridos, incluindo os lucros que deixou de obter como razão direta do atraso no envio da peça defeituosa. A discussão jurídica central não era sobre a *ocorrência* da quebra do contrato ou sobre a *culpa* do contratado, mas sobre a extensão dos *danos decorrentes* dessa quebra e os *limites da responsabilidade* do transportador. A Corte de Exchequer julgou o caso e isentou Baxendale da responsabilidade pelos lucros cessantes, considerando que esses danos não decorriam naturalmente da quebra do contrato, mas de circunstâncias especiais não comunicadas pelo contratante no momento da contratação. Baxendale não estaria ciente de que o moinho ficaria parado durante o tempo do transporte, não podendo ser responsabilizado pelas consequências dessa situação.

OS LIMITES DA RESPONSABILIDADE POR DANOS DECORRENTES DO DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL

Ao julgar o caso, a Corte de Exchequer considerou que o direito da parte lesada, em caso de descumprimento contratual, limita-se ao ressarcimento dos danos que possam ser razoavelmente considerados como decorrência natural da quebra contratual, ou aqueles danos que se possa supor razoavelmente terem sido contemplados por ambas as partes, no momento da celebração do contrato, como provável resultado do descumprimento. Assim, decidiu a Corte:

“Where two parties have made a contract which one of them has broken, the damages which the other party ought to receive in respect of such breach of contract should be such as may fairly and reasonably be considered either arising naturally, i.e., according to the usual course of things, from such breach of contract itself, or such as may reasonably be supposed to have been in the contemplation of both parties, at the time they made

the contract, as the probable result of the breach of it”²¹.

Dois parâmetros foram utilizados para a determinação dos limites da responsabilidade pelos danos decorrentes da quebra contratual, partindo da identificação: 1) dos danos que emergem naturalmente da quebra contratual, segundo o curso normal das coisas; ou 2) dos danos supostamente considerados pelas partes, no momento da contratação, como provável resultado da quebra contratual.

O precedente afasta, nessa parte inicial, quaisquer pretensões de reparação por danos denominados *consequenciais*, ou seja, decorrentes de situações particulares de cada contratante, limitando o direito de reparação aos danos que decorram *naturalmente* da quebra, inserindo o conceito de *previsibilidade* do dano e fixando o seu momento de verificação como o momento da *celebração* do contrato. Nesse sentido, alterações posteriores à celebração do contrato não afetam a limitação do direito à reparação dos danos.

Vemos ainda que o julgamento introduz a noção de dano como resultado *provável* da violação contratual, assim visto por ambas as partes, no momento da contratação. Ou o dano resulta naturalmente do descumprimento (situação na qual há uma presunção de terem sido considerados pelas partes) ou é supostamente contemplado por ambas as partes como provável decorrência do descumprimento.

OS DANOS DECORRENTES DE CIRCUNSTÂNCIAS ESPECIAIS NÃO COMUNICADAS

Complementando o julgamento, a Corte decidiu que os danos decorrentes de *circunstâncias especiais*, ou seja, de alguma situação específica que os possa ampliar para além da normalidade, somente devem ser reparados se forem de conhecimento de ambas as partes no momento da contratação:

²¹ Hadley v. Baxendale (1854).

“Now, if the special circumstances under which the contract was actually made were communicated by the plaintiffs to the defendants, and thus known to both parties, the damages resulting from the breach of such a contract, which they would reasonably contemplate, would be the amount of injury which would ordinarily follow from a breach of contract under these special circumstances so known and communicated.

But, on the other hand, if these special circumstances were wholly unknown to the party breaking the contract, he, at the most, could only be supposed to have had in his contemplation the amount of injury which would arise generally, and in the great multitude of cases not affected by any special circumstances, from such a breach of contract. For such loss would neither have flowed naturally from the breach of this contract in the great multitude of such cases occurring under ordinary circumstances, nor were the special circumstances, which, perhaps, would have made it a reasonable and natural consequence of such breach of contract, communicated to or known by the defendants”²².

O precedente em questão atribui elevado valor à *comunicação* entre as partes como fundamento para a limitação da responsabilidade pelos danos. Não havendo ajuste contratual específico sobre os danos potencialmente decorrentes da quebra contratual, a solução proposta pela corte foi no sentido de limitar a reparação aos danos que pudessem ter sido previstos pela parte descumpridora, no momento da contratação, a partir das informações fornecidas pela contraparte. Se uma parte revela à outra a existência de circunstâncias especiais, que podem ampliar os danos resultantes de eventual descumprimento do contrato, a contraparte fica responsável pela completa reparação desses danos, nos limites das circunstâncias especiais comunicadas, e não mais apenas pelos danos naturalmente decorrentes da quebra contratual em circunstâncias ordinárias.

Podemos aplicar esse mesmo princípio no campo da contratualização de riscos. Em um cenário de não comunicação de

²² Hadley v. Baxendale (1854).

riscos especiais, cada parte seria responsável pelos riscos que naturalmente decorrem das obrigações assumidas contratualmente, ou que se possa supor tenham sido contempladas por ambas as partes no momento da contratação – limites que são de complexa mensuração.

A COMUNICAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS ESPECIAIS E OS LIMITES DA RESPONSABILIDADE POR DANOS

O precedente apresenta um relevante fundamento para a limitação dos danos reparáveis, afirmando que o conhecimento prévio das circunstâncias especiais permitiria que as partes adotassem termos especiais no contrato, em razão da ampliação dos danos potenciais. Concluiu, assim, que seria injusto privar as partes da adoção desses termos especiais, cujo ajuste seria impossibilitado pelo desconhecimento daquelas circunstâncias:

“For, had the special circumstances been known, the parties might have specially provided for the breach of contract by special terms as to the damages in that case; and of this advantage it would be very unjust to deprive them”.

Há aqui uma presunção de que as partes poderiam agir de forma diferente se tivessem conhecimento das circunstâncias especiais, sendo assim limitada a responsabilização ao que os contratantes conhecem acerca dos potenciais danos resultantes, não podendo abranger os danos decorrentes de circunstâncias desconhecidas. Essa construção recebeu o nome de doutrina da previsibilidade. Conhecendo as circunstâncias especiais, o contratado tanto poderia ajustar o preço cobrado pelos serviços, dada a elevação do *risco* a que se expõe, como poderia adotar medidas adicionais de cautela para reduzir esse *risco*.

Como destacam Easterbrook e Fischel²³, a regra estabelecida no precedente *Hadley v. Baxendale*, ao negar o direito à reparação por danos decorrentes de circunstâncias especiais não

²³ Easterbrook & Fischel (1985)

comunicadas previamente, cria um incentivo aos contratantes para que revelem, no momento da contratação, quaisquer circunstâncias que possam ampliar os danos resultantes do descumprimento. Essa comunicação, por sua vez, permite que a parte contratada adote cautelas adicionais ou cobre o preço pelo incremento do risco a que se submete:

"The foreseeability doctrine of *Hadley v. Baxendale* denies recovery for nonforeseeable losses, which gives plaintiffs an incentive to disclose any unusual conditions and risks at the time of the transaction. Disclosure, in turn, allows the other party to take extra precautions or to charge appropriate compensation for bearing increased risk"²⁴.

O AJUSTE DO NÍVEL DE CAUTELA COMO FUNDAMENTO PARA A LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PELO RISCO

Posner²⁵ analisa o precedente *Hadley v. Baxendale* sob a perspectiva dos incentivos gerados pela comunicação ou não das circunstâncias especiais entre os contratantes. Para ele, o princípio geral de que a parte somente é responsável pelo *risco* que conhece é eficiente, na medida em que gera incentivos para que a parte ciente do *risco* anormal adote cautelas para reduzi-lo ou pague à contraparte para que o assuma:

"Consider the following variant of the facts in [*Hadley v. Baxendale*]. A commercial photographer purchases a roll of film to take pictures of the Himalayas for a magazine. The cost of developing the film is included in the purchase price. The photographer incurs heavy expenses (including the hire of an airplane) to complete the assignment. He mails the film to the manufacturer but it is mislaid in the developing room and never found.

Compare the incentive effects of allowing the photographer to recover his full losses and limiting him to recovery of the price of the film. The first alternative creates few-maybe no-

²⁴ *Idem*

²⁵ Posner (2003)

incentives to avoid similar losses in the future. The photographer will take no precautions; he will be indifferent between the successful completion of his assignment and the receipt of full compensation for its failure. The manufacturer of the film will probably take no additional precautions either, because he cannot identify the films whose loss would be extremely costly, and unless there are many of them it may not pay to take additional precautions on all the films he develops. The second alternative, in contrast, should induce the photographer to take precautions that turn out to be at once inexpensive and effective: Using two rolls of film or requesting special handling when he sends the roll in to be developed”

The general principle is that if a risk of loss is known to only one party to the contract, the other party is not liable for the loss if it occurs. This principle induces the party with the knowledge of the risk either to take appropriate precautions himself of, if he believes the other party might be the more efficient preventer or spreader (insurer) of the loss, to reveal the risk to that party and pay him to assume it. Incentives are thus created to allocate the risk in the most efficient manner²⁶.

No exemplo acima, derivado do precedente aqui discutido, a estrutura de incentivos contida nas regras de responsabilidade é claramente vista sob o ponto de vista do potencial lesado: se sabe o fotógrafo que a responsabilidade da contraparte pelos danos resultantes de eventual quebra contratual será ilimitada, não possui ele incentivos para revelar quaisquer circunstâncias especiais que agravam esse risco. Por outro lado, se vale a regra de limitação da responsabilidade, o fotógrafo não apenas possui incentivos para adotar todas as cautelas que lhe cabem como também para comunicar à contraparte essas circunstâncias especiais, garantindo assim seu direito à integral reparação.

Do outro lado, se o contratado conhece os riscos de dano extraordinário a que se submete, tem ele incentivos para ajustar seu nível de cautelas de forma a tornar menos provável a ocorrência desses danos, ou limitar suas perdas pela contratação de seguro – inclusive podendo transferir ao contratante os custos

²⁶ Idem

adicionais²⁷. O ajuste do nível de cautela somente é possível se o contratado conhecer as circunstâncias de cada contratante, podendo diferenciar aqueles casos nos quais adotará um nível baixo e aqueles que exigirão um grau mais elevado, sendo a eficiência no ajuste das medidas preventivas contra o risco de descumprimento um importante fundamento do precedente analisado.

Podemos assumir que aquele que não é responsável pelo risco não tem incentivos para adotar medidas para evitar ou minimizar os impactos de tal risco (especialmente aquelas que implicam em custos), pois as consequências de sua ocorrência serão suportadas exclusivamente pela outra parte. O mesmo raciocínio se aplica em ambos os lados do contrato.

Nesse sentido, podemos entender que a alocação de responsabilidade por riscos é semelhante à alocação de responsabilidade por danos decorrentes do descumprimento contratual (que pode inclusive ser considerado um risco inerente ao contrato, especialmente nos casos de quebra involuntária), analisada no precedente em questão. Se a responsabilidade pelos danos é alocada no momento da celebração do contrato, cada parte tem incentivos para ajustar o nível de cautela, considerando os custos desses danos multiplicados pela probabilidade de sua ocorrência. Se a responsabilidade pelos danos é integralmente de uma das partes, a outra não tem incentivos para minimizar sua ocorrência.

²⁷ Os princípios de limitação da responsabilidade que resultam do precedente são criticados por Eisenberg (*The principle of Hadley v Baxendale* 1992), que identifica nele uma preocupação muito maior com a busca de um nível eficiente da precaução contra a quebra do que de um nível eficiente de cumprimento do contrato:

“In effect, the principle of *Hadley v. Baxendale* gives greater weight to the efficient rate of precaution than to the efficient rate of performance. This strikes the wrong balance. Because of the number of contingencies involved in determining the appropriate rate of precaution, and the complexity and uncertainty of each contingency, precise calculations of the rate of precaution at various liability levels are likely to be both very costly and very unrewarding, and therefore will frequently be forgone. Even if such calculations are made, they will often show that stratifying precaution will not be worth its costs”. Eisenberg (1992, pp. 597)

A DOCTRINA DA PREVISIBILIDADE E A ALOCAÇÃO DE RISCOS NO CONTRATO

O precedente *Hadley v. Baxendale* encontra na previsibilidade dos danos o parâmetro fundamental para a limitação da responsabilidade pela sua reparação. Dois princípios importantes podem ser extraídos desse precedente com perfeita aplicação no contexto da alocação de riscos em contratos: 1) salvo comunicação expressa, os riscos assumidos pelas partes são apenas aqueles razoavelmente previsíveis e/ou supostamente contemplados pelas partes como prováveis e; 2), o momento para a avaliação dessa previsibilidade é o momento da contratação.

Analisando o precedente em questão, Eisenberg propõe uma classificação da previsibilidade em três níveis²⁸: em um primeiro nível, mais abrangente, a regra da previsibilidade abrangeria quaisquer danos que pudessem ter sido contemplados pelas partes no momento da contratação, em um nível abstrato. Em um segundo nível, o princípio excluiria os danos cuja expectativa de ocorrência fosse marginal ou insignificante, ou seja, abrangeria apenas aqueles considerados *razoavelmente previsíveis*. Por fim, um terceiro nível da previsibilidade seria mais estrito, incluindo tão somente os danos de ocorrência *provável* em caso de descumprimento do contrato. Eisenberg conclui que a previsibilidade exigida em *Hadley v. Baxendale* é aquela de último tipo, exigindo a contemplação do dano como provavelmente decorrente do descumprimento.

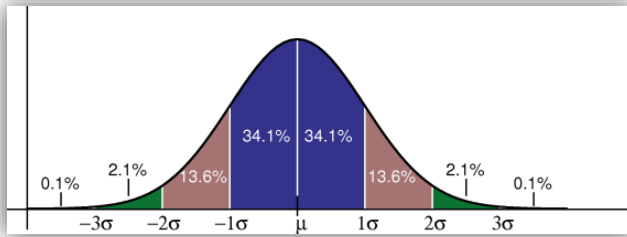
No campo dos *riscos* a situação é um pouco diferente. Na previsão de danos decorrentes do descumprimento contratual há uma situação em que se conhece, previamente, o evento causador do dano – exatamente o inadimplemento do ajuste – enquanto na previsão de eventos de risco as possibilidades são mais amplas e imprecisas. Sob esse ponto de vista, conhecendo-se o evento – descumprimento – é possível a projeção de suas

²⁸ (Eisenberg 1992)

consequências prováveis, ou seja, que com maior margem de certeza resultarão do evento. Em outras palavras, o conhecimento do evento potencialmente causados do dano restringe a amplitude das possibilidades de dano, possibilitando seu cálculo. Nesse aspecto, o descumprimento contratual – e os danos decorrentes – é um tipo específico de risco, cujas consequências de sua ocorrência podem ser, normalmente, estimadas.

No caso do risco, por outro lado, o próprio evento em si é objeto da avaliação de probabilidade, não apenas suas consequências. Assim, considerar um risco como provável, no momento da contratação, é considerá-lo de ocorrência razoavelmente possível, excluindo-se apenas aquelas cujas expectativas sejam marginais ou insignificantes. Eventos que não possam ser considerados razoavelmente previsíveis no momento da contratação não devem ser considerados como inseridos no conceito de risco e, portanto, não podem estar abrangidos pelas cláusulas de repartição de responsabilidade – salvo se referida expressamente. Há aqui uma parcial sobreposição de riscos razoavelmente previsíveis e riscos razoavelmente prováveis, para abranger de forma mais flexível os eventos futuros e suas respectivas consequências.

Podemos ilustrar a extensão da responsabilidade por riscos contratuais utilizando a curva gaussiana. No centro estão as ocorrências razoavelmente previsíveis no momento da contratação, inseridas no risco do contrato, enquanto nas bordas estão os riscos remotos, em regra excluídos do contrato, salvo previsão contrária expressa. Enquanto os riscos situados ao centro podem ser considerados como inerentes ao cumprimento das obrigações contratuais ou razoavelmente contemplados pelas partes ao tempo da contratação, os riscos situados nas bordas podem ser considerados como não inseridos nesse grupo.



Fonte: Gaussian distribution²⁹

Como afirmam Cooter e Ulen, “[r]emote risks do not justify the cost of negotiating and drafting terms to allocate them”³⁰. Nesse mesmo sentido, sustentam Parker e Hartley: “It is difficult to write complete contingent claims contracts (allowing for uncertain events) especially where contracts cover a lengthy period of time, technologies and costs are inherently uncertain or the economic environment is in a state of flux”³¹.

A contratualização de contingências futuras será limitada pelos custos de transação que da negociação sobre esses termos pode resultar. Essa limitação não é jurídica, mas econômica. Riscos remotos também podem ser alocados, desde que haja razão econômica para sua contratualização, como na hipótese de riscos remotos de grande impacto no cumprimento contratual.

Assim, a aplicação da doutrina da previsibilidade resultaria na limitação da responsabilidade àqueles riscos previsíveis e considerados razoavelmente prováveis no momento da contratação, excluídos aqueles cujas expectativas fossem marginais ou insignificantes. Riscos muito remotos não estarão englobados na previsão geral, exigindo cláusula específica que indique de forma expressa sua abrangência pontual e extraordinária.

A curva de distribuição normal (figura 1) pode ser utilizada para se compreender a totalidade dos eventos que

²⁹ Computer Science: An Interdisciplinary Approach. <https://introcs.cs.princeton.edu/java/11gaussian/>

³⁰ (Cooter and Ulen 2016, 293)

³¹ (Parker 2003, 99)

constituam o risco contratual global – e nesse caso os eventos de risco estariam distribuídos na curva, de acordo com sua probabilidade – ou as consequências de cada evento de risco – nesse caso as diversas consequências possíveis estariam distribuídas de acordo com sua probabilidade. A responsabilidade por eventos ou consequências extraordinárias (de probabilidade remota), estariam excluídas do acordo, salvo cláusula expressa imputando a uma das partes a responsabilidade.

Assim visto, o princípio jurídico que resulta do precedente *Hadley vs. Baxendale* cria uma importante proteção para ambas as partes contratantes contra riscos excepcionais não contratualizados expressamente, de probabilidade marginal ou insignificante. O conhecimento mais preciso dos riscos, assim como no caso do precedente estudado, pode gerar incentivos para o ajuste eficiente das medidas preventivas e o gerenciamento de contingências futuras.

Em síntese, diante da ocorrência de um evento de risco não contratualizado, seria necessário verificar se tal risco decorre naturalmente das obrigações assumidas ou, alternativamente, se é um risco que se possa razoavelmente supor ter sido contemplado por ambas as partes, no momento da contratação, como de ocorrência provável. Apenas nesses casos a parte será responsável pelo risco ou por consequências excepcionais não contratualizadas. Tal princípio reforça ainda a relevância de contratualização dos riscos de forma expressa, evitando conflitos posteriores sobre o preenchimento do conceito de razoável previsibilidade como meio de imputação de responsabilidades.

A partir dessas ponderações, passaremos no próximo capítulo a analisar o regramento normativo do risco em contratos públicos de concessão, para em seguida observar como esses riscos são distribuídos em contratos de concessão atualmente vigentes. Essa abordagem possibilitará uma compreensão abrangente sobre os limites de responsabilidade por riscos nesses contratos, nas hipóteses contratualizadas e nas não contratualizadas.

OS LIMITES DE RESPONSABILIDADE PELOS RISCOS EM CONTRATOS DE CONCESSÃO NO BRASIL

Os contratos de concessão no Brasil são regidos essencialmente por duas normas: a lei 8.987/9532, que regula as concessões comuns (lei de concessões) e a lei 11.079/200433, que regula as concessões especiais (lei de concessões especiais). Há ainda a lei 8.666/93, lei geral de licitações e contratações da Administração Pública (lei geral de licitações) que é aplicada de forma subsidiária e supletiva³⁴.

No tocante à distribuição de riscos, as duas leis de concessões trazem alguns parâmetros para orientar o gestor público na elaboração do contrato. A lei de concessões comuns refere-se ao *risco* em artigo que conceitua a concessão de serviços públicos, afirmando que nessa modalidade o contratado atua “por sua conta e risco”³⁵. A lei de concessões especiais avança mais sobre o tema, fixando como uma das diretrizes da contratação a “repartição objetiva de riscos entre as partes”³⁶, determinando ainda que essa repartição deve abranger as hipóteses de caso fortuito,

³² Lei 8.987/95, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm, acesso em 25/09/2019.

³³ Lei 11.079/04, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm, acesso em 25/09/2019.

³⁴ “Art. 124. Aplicam-se às licitações e aos contratos para permissão ou concessão de serviços públicos os dispositivos desta Lei que não conflitem com a legislação específica sobre o assunto”.

³⁵ Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

(...)

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado

³⁶ Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

(...)

VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;

força maior, fato do príncipe e a álea econômica extraordinária³⁷.

A lei geral de licitações, de outro lado, traz uma abordagem bastante diversa do risco. Nesse ponto é necessário destacar que essa lei disciplina as contratações ordinárias da Administração Pública, aplicando-se apenas de forma subsidiária às concessões, ou seja, somente tem aplicação no que não contrariar as normas específicas trazidas pelas leis 8.987/95 e 11.079/04. A lei geral de licitações disciplina de forma indireta a imputação de responsabilidades por contingências futuras ao autorizar a alteração do contrato:

“na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual”³⁸.

Como vimos anteriormente, as situações descritas pela lei como “imprevisíveis” ou “de conseqüências incalculáveis” não devem ser inseridas na noção de *risco*, mas de *incerteza*, pois o risco é, essencialmente, a parcela calculável das contingências futuras. Para a lei geral de licitações, a ocorrência de eventos abrangidos no conceito de *incerteza* justifica a revisão contratual, desde que retardem ou impeçam a execução do contrato. A lei considera ainda que pode haver revisão contratual em razão de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, afirmando que essas situações configuram “álea econômica extraordinária e extracontratual” e inserindo-as no mesmo regramento³⁹. Em síntese, pode-se afirmar que o contratado não é

³⁷ Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

(...)

III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;

³⁸ Art. 65, II, “d”.

³⁹ Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

II - por acordo das partes:

responsável pelas consequências de eventos *incertos*.

Podemos considerar, portanto, que a lei geral de licitações e contratos públicos confere importante proteção ao contratado, assegurando-lhe a revisão do contrato para corrigir os impactos negativos decorrentes de *incertezas* futuras, fatos que classifica como álea econômica extraordinária e extracontratual, o que na prática significa que a lei diretamente aloca a responsabilidade por essas consequências ao Poder Público, como regra. A discussão sobre a possibilidade de dispor contratualmente de forma diversa da prevista na lei não é objeto do presente trabalho, porém parece clara a disciplina legal no sentido de que, ao menos de forma geral, não há uma regulação específica de *riscos* contratuais.

O PRINCÍPIO DA LIVRE ALOCAÇÃO DE RISCOS CONTRATUAIS

Retomando a análise das normas que orientam a repartição de riscos em contratos de concessão, delas podemos extrair uma conclusão importante: a alocação de riscos não sofre limitações de ordem jurídica, podendo o contrato dispor livremente sobre que riscos serão suportados por cada parte, e em que medida. Identificamos aqui uma norma que pode ser reconhecida como um princípio de livre alocação de riscos contratuais – destacando ainda que a liberdade abrange, ainda, as situações de *incerteza*.

É possível imaginarmos que essa distribuição pode incidir tanto sobre *eventos* de risco ou de incerteza quanto sobre as

(...)

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

consequências decorrentes de sua ocorrência. Um risco pode ser alocado a uma das partes até um certo limite, por exemplo, e a partir desse limite atrair a aplicação de uma fórmula de repartição estabelecida contratualmente – ou o contrato pode prever a renegociação. Até mesmo eventos inseridos no conceito de *incerteza* (caso fortuito, força maior ou fato do príncipe, por exemplo) – que nos contratos comuns são denominados “*álea econômica extraordinária e extracontratual*” e imputados por lei ao Estado – nos contratos de concessão podem ser alocados livremente ao contratante, ao contratado, ou compartilhada segundo critérios estabelecidos em contrato.

Podemos avançar nesse raciocínio para concluir que até mesmo riscos inseridos na *álea ordinária* – os riscos típicos do negócio – podem ser alocados de forma livre em um contrato de concessão, não sendo difícil imaginar situações em que o interesse público na execução de um projeto justifique o compartilhamento de parte desse risco “ordinário” pelo Poder Público, como forma tornar viáveis contratos que, sem essa modelagem, poderiam não atrair o interesse do setor privado⁴⁰.

Diante do princípio da livre alocação de riscos, toda a construção jurídica desenvolvida sobre a noção de “*álea econômica extraordinária*” tem sua utilidade reduzida no contexto das concessões públicas, auxiliando pouco na compreensão da abrangência do risco assumido por cada parte. O contrato disporá sobre a distribuição de riscos, tanto ordinários quanto extraordinários, e a forma dessa repartição não encontra limitação na legislação – que apenas exige que seja ela objetiva. Em outras palavras: vale o que está no contrato.

⁴⁰ A hipótese não é remota, e podemos encontrar inclusive na legislação a previsão de garantia de receita mínima em contratos de concessão. O Decreto 94.002/87, que “[d]ispõe sobre a concessão de obra pública, para construção, conservação e exploração de rodovias e obras rodoviárias federais”, traz a seguinte previsão:

“Art. 5º O concedente poderá prestar, em favor da empresa concessionária e com o aval de instituição financeira oficial, garantia de uma receita periódica mínima, calculada em função da dimensão do tráfego e do valor do pedágio, nos termos do que estabelecer, conforme o caso, o edital de licitação ou o contrato”.

A norma exige que o contrato disponha expressamente sobre que riscos serão suportados por cada parte e, nesses limites, os contratantes não poderão arguir a aplicação da regra da lei geral de licitações e contratos públicos como fundamento para a alteração do contrato. Exemplo disso vemos no Contrato de Concessão da BR-101/290/448/386/RS, o qual atribui à Concessionária o risco sobre eventos de caso fortuito e força maior, eventos que segundo a lei 8.666/93 constituem risco do Poder Público:

20.1 Com exceção das hipóteses da subcláusula 20.2, a Concessionária é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados à Concessão, inclusive, mas sem limitação, pelos seguintes riscos:

(...)

20.2.20 caso fortuito ou força maior, desde que o fato gerador seja segurável no Brasil à época de sua ocorrência por, no mínimo, duas seguradoras;⁴¹.

A análise das regras de partilha de riscos em contratos de concessão deve ser realizada sob três enfoques diversos: primeiro sobre a alocação do risco de *ocorrência* de um evento, segundo sobre a alocação do risco das *consequências* desse evento e terceiro sobre a alocação de eventos inseridos no conceito de *incerteza* e, portanto, não mensuráveis – com exceção das hipóteses em que o evento é segurável.

A interpretação parece simples nos casos em que o contrato expressamente distribui os riscos e fixa expressamente os limites das responsabilidades das partes por sua *ocorrência* e por suas *consequências*. Como exemplo, podemos citar novamente o Contrato de Concessão da BR-101/290/448/386/RS, quando regula o risco de manifestações sociais/públicas que afetem a execução de obras ou a prestação de serviços: o risco é da Concessionária até o limite de 15 dias de manifestações a cada 12 meses de contrato. Ultrapassados os 15 dias por ano, o risco é

⁴¹ Contrato de Concessão da BR-101/290/448/386/RS, disponível em http://www.antt.gov.br/rodovias/Concessoes_Rodoviaras/CCR_ViaSul/Index.html

assumido pelo Concedente⁴², que deve ressarcir os danos sofridos pela Concessionária.

Nem sempre, porém, o contrato é claro na distribuição de riscos e alguns problemas práticos podem surgir quando: 1) o contrato não dispõe sobre certos riscos; 2) o contrato aloca expressamente um risco, porém não fixa limites de responsabilidade pelas suas consequências e 3) o contrato contém uma cláusula geral de transferência de riscos a uma das partes, sem limitações. Cada uma das hipóteses será a seguir tratada separadamente.

LIMITES DE RESPONSABILIDADE POR RISCOS NÃO ALOCADOS TEXTUALMENTE EM CONTRATO

REGRA GERAL – DOUTRINA DA PREVISIBILIDADE

Como visto acima, as leis sobre concessões públicas não estabelecem regra de distribuição de riscos *a priori*, remetendo ao contrato essa repartição sob um regime de livre alocação. Por sua vez, o contrato não conterà previsão de repartição de todos os riscos envolvidos no projeto, dadas as limitações já apontadas, impostas pelo incremento de custos de transação. Alguns riscos serão previstos e repartidos e outros não – é exatamente o que se verifica na prática contratual atual.

A incompletude contratual – impossibilidade de previsão de todas as possíveis ocorrências futuras – constitui uma realidade incontornável em um contrato de concessão. A modelagem jurídica de um contrato incompleto, entretanto, permite a construção de um desenho que possa gerar incentivos a comportamentos eficientes das partes, reduzindo as incertezas que permeiam o longo período de execução desses ajustes.

A alocação específica de riscos é desejável na medida em

⁴² A regra está contida na cláusula 20.1.16 e prevê diferentes prazos a depender de ser ou não o evento sujeito à cobertura securitária no Brasil.

que promove incentivos para que as partes possam ajustar o nível de cautela na prevenção de sua ocorrência, ou no gerenciamento ótimo de potenciais perdas. Os riscos alocados expressamente seguirão sempre as regras contratuais, ante a ausência de lei cogente sobre o tema. A questão que se coloca, portanto, seria: qual o limite de responsabilidade das partes pela ocorrência de riscos não descritos especificamente no contrato?

Na resposta a essa pergunta recorreremos à doutrina da previsibilidade, extraída do precedente *Hadley v. Baxendale*, segundo a qual cada parte será responsável apenas pelos riscos considerados como decorrência natural das obrigações assumidas no contrato, e ainda por aqueles riscos que se possa supor terem as partes contemplado como razoavelmente prováveis no momento da contratação. Segundo esse princípio jurídico, as partes assumem no contrato apenas os riscos considerados razoavelmente previsíveis no momento da contratação, excluídos aqueles de probabilidade marginal ou insignificante.

Os riscos considerados excepcionais, por sua vez, ficam excluídos da responsabilidade das partes, sobre eles incidindo regramento contratual próprio, que será abordado em seguida. A identificação dos riscos abrangidos pela regra geral pode ser auxiliada pela utilização da curva de distribuição normal (Figura 1, acima): os eventos situados nas bordas da curva estão excluídos da responsabilidade das partes, salvo alocação contratual expressa.

REGRA ESPECIAL: DISTRIBUIÇÃO *EX POST* DE RISCOS EXCEPCIONAIS

Riscos situados nas bordas da curva de distribuição normal – ou seja, riscos extraordinários, de probabilidade marginal ou insignificante, caso não estejam expressamente alocados pelas cláusulas contratuais, devem ser submetidos a regime jurídico próprio. Tais eventos, por estarem situados fora da esfera

dos eventos razoavelmente previsíveis – no momento da contratação – apresentam reduzidos incentivos às partes para a adoção de medidas eficientes de cautela.

Segundo Louis Kaplow, a eficácia da norma como guia de comportamento depende da posse de informações relevantes pelas partes sobre seu conteúdo, sendo as regras específicas e precisas mais eficientes por trazerem em si a descrição da situação e suas consequências:

“If one wants the law to be a more precise guide to behavior, individuals need the relevant knowledge. One way to disseminate it is through rules, which state the consequences that attach to various behavior. Another way to disseminate information to guide behavior is through the outcomes of adjudication. Obviously, one benefit of more accurate outcomes is that individuals in the future will have better guidance concerning their behavior.”⁴³

Nessa linha, podemos concluir ser preferível um contrato que distribua *ex ante* os riscos relevantes e fixe o procedimento a ser adotado nos casos de riscos remotos, conferindo às partes maior segurança e previsibilidade no cumprimento de suas obrigações. Essa mesma percepção é compartilhada por Egon Bockmann Moreira, quando afirma que a “dúvida quanto a quem é o titular deste ou daquele risco apenas incrementa o respectivo custo: definir amigavelmente hoje custa muito menos do que descobrir litigiosamente amanhã”⁴⁴.

Os contratos reais, porém, nem sempre trazem previsões sobre mecanismos para distribuição de riscos e eventuais perdas *ex post* – em regra não os trazem –, o que resulta em insegurança acerca da responsabilidade sobre esses riscos excepcionais não alocados, levando a disputas na interpretação contratual. Essa omissão contratual atrai a incidência de normas legais supletivas para a solução da omissão⁴⁵, normas que no caso dos contratos de concessão não trazem respostas claras.

⁴³ (Kaplow, 1994, pp. 328-329)

⁴⁴ (Moreira, 2007)

⁴⁵ (Ayres and Gertner 1989)

Em uma análise superficial, a primeira resposta a esta questão poderia ser encontrada na lei geral de licitações e contratos públicos, em artigo que autoriza a modificação do contrato nas hipóteses de álea econômica extracontratual. Nesse caso, o Poder Público deveria promover a alteração do contrato como forma de “restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente”, “objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato”.

Na prática da lei geral de licitações, o restabelecimento do equilíbrio econômico financeiro ocorre por meio da assunção, pelo Poder Público, das consequências dos eventos não previstos, protegendo a parte contratada do impacto desses eventos negativos. Quando os eventos são positivos, por outro lado, o equilíbrio inicial é restabelecido com a transferência do ganho excedente ao Poder Público – em tese.

Flávio Amaral Garcia destaca a insuficiência do regramento legal sobre o equilíbrio contratual em concessões públicas, ao afirmar que:

“A legislação é omissa a respeito de elementos mínimos que possam preencher o conteúdo material do conceito de equilíbrio econômico-financeiro do contrato, fazendo referência a manutenção das condições efetivas da proposta ou a uma equivalência material entre direitos e obrigações fixadas no momento da licitação, o que tem se apresentado como insuficiente para resolver os problemas e questões que se colocam nos contratos concessionais que, como é do conhecimento convencional, apresentam uma configuração bastante complexa e sofisticada se comparada aos demais contratos administrativos.

Podemos considerar que no contrato comum, o equilíbrio contratual é estático – aquele mesmo do momento da contratação – e observado pelo lado do contratado. Tal consideração encontra fundamento na lei geral de licitações, que garante o equilíbrio a partir da relação entre os “encargos do contratado e a retribuição da administração”, ou seja, ampliados os encargos, deve ser ampliada a retribuição.

Nos contratos de concessão a lógica é diversa. O

equilíbrio é dinâmico – incorpora alterações ocorridas ao longo da vigência do contrato – e é vista do ponto de vista de ambos os contratantes. Riscos excepcionais, sem previsão contratual, devem ser compartilhados. Não cabe ao Poder Público – como na contratação comum – suportar integralmente eventos adversos e anular seus efeitos para o contratado. Na concessão, consequências negativas impostas por um evento de risco precisarão ser incorporadas, em alguma medida, por cada uma das partes, considerando que nenhuma delas deu causa ao evento e que ambas sofrerão perdas conjuntamente.

Não há atualmente disciplina legal da negociação entre Poder Público e contratado para a distribuição *ex post* de responsabilidades por riscos, cabendo ao contrato estabelecer as regras e procedimentos necessários, construindo um ambiente negocial dentro da estrutura administrativa e regulatória do Estado. Como defende Floriano Marques Neto:

“Segue daí que em uma concessão comum (e como veremos na concessão em geral) o tema da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e de sua recomposição deve ser sempre tratado no âmbito da negociação regulatória, para o qual o contrato deve contemplar parâmetros e procedimentos”⁴⁶.

A criação de um ambiente negocial no contexto da execução de um contrato de concessão deve considerar deve ser capaz de dinamizar o cumprimento do ajuste, repartindo ônus e bônus excepcionais eventualmente surgidos, porém com a clara finalidade de proteção do interesse público subjacente à contratação. A exposição do Poder Público ao risco de captura não pode ser subestimada na criação das estruturas negociais, que deve considerar seriamente esse risco.

LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE PELOS RISCOS ALOCADOS TEXTUALMENTE EM CONTRATO

Consideremos agora as situações nas quais o contrato

⁴⁶ (Marques Neto, 2015, pp.192)

contém em suas cláusulas a previsão de eventos de risco e promove a sua alocação expressa a uma das partes, porém sem a fixação de limites de responsabilidade quanto às possíveis consequências desses eventos. A especificidade desse ponto foi percebida por Flávio Amaral Garcia, que assim a descreveu:

“Dito em outros termos, o ponto central a ser abordado envolve saber se os riscos contratualmente partilhados entre as partes – quando têm as suas consequências extremadas em razão da profunda modificação do contexto econômico que emoldurou a celebração do contrato – podem gerar direito ao reequilíbrio do contrato, ou, de outro lado, se uma vez partilhados os riscos cada parte deve assumir integralmente as suas consequências, mesmo que diante de novas condições e circunstâncias, não se cogitando de aplicar a racionalidade da Teoria da Imprevisão em razão de se tratarem de riscos contratualmente delimitados”.

O foco da discussão aqui não é a alocação de riscos em si, ou seja, a previsão contratual de quem suportará as consequências de determinados eventos, mas a compreensão dos limites da responsabilidade da parte na absorção desse risco. Colocado em outros termos, podemos questionar: até que ponto uma parte é responsável exclusiva por riscos que estão contratualizados, porém sem definição expressa dos limites dessa responsabilidade?

A alocação textual de riscos no contrato pode vir ou não acompanhada de limitação da responsabilidade das partes sobre esses riscos. Vejamos alguns exemplos de riscos não limitados:

“5.4. Observado o disposto no item 5.3, constituem riscos suportados exclusivamente pela Concessionária:

(...)

5.4.3. não efetivação da demanda projetada ou sua redução por qualquer motivo, inclusive se decorrer da implantação de novas infraestruturas aeroportuárias dentro ou fora da área de influência do Aeroporto, com exceção apenas do disposto no item 5.2.3;

(...)

5.4.10. variação das taxas de câmbio;

5.4.11. variação da demanda pelos serviços prestados no

Aeroporto”⁴⁷.

A transferência de riscos sem limitação pode, em determinadas hipóteses, inserir no ambiente contratual um elevado grau de incerteza, dificultando a adequada precificação da proposta em contratos de longa duração. A exposição de uma das partes a riscos ilimitados – lembrando que tratamos de contratos públicos – pode resultar em excessiva rigidez, impedindo a absorção de eventuais impactos excepcionais causados por eventos de risco. Nesse sentido, o incremento da incerteza aumenta ainda o custo do contrato, como destaca Kennedy *et. al.*:

“Several decades of evidence suggest that if uncertainty about the value of an object procured (or sold) is reduced, this will lead to a lower cost of procurement (...).

(...) there is a vast body of literature from behavioural economics and psychology demonstrating that people are risk (and uncertainty) averse. If uncertainty is present in a project, investors (bidders) will try to avoid it, reduce it, and/or price it in their contingencies”⁴⁸.

Diante dessa constatação, a modelagem contratual deve ocupar-se de fixar limites precisos de responsabilidade das partes pelos riscos previstos, sempre que possível, reduzindo as incertezas envolvidas na contratação e gerando incentivos a comportamento eficiente das partes na gestão desses riscos ao longo da execução. O Contrato de Concessão da BR-101/290/448/386/RS – nova modelagem de concessão de rodovias – avançou nesse sentido ao estabelecer limites de responsabilidade para os riscos relativos a desapropriações e ao cumprimento de condicionantes ambientais, fixando expressamente um valor máximo para a responsabilidade da Concessionária e prevendo, extrapolado esse limite, a assunção do excedente pelo Poder Público⁴⁹.

Entretanto, percebemos que a maior parte dos riscos

⁴⁷ (Contrato de Concessão do Aeroporto Internacional de Brasília s.d.)

⁴⁸ (Kennedy, et al. 2018, 12-13)

⁴⁹ A previsão está nas cláusulas 20.1.6, 20.1.7, 20.2.15, 20.2.16, 7.2 e 8.2.2 do (Contrato de Concessão da BR-101/290/448/386/RS s.d.)

expressamente alocados em contratos de concessão de rodovias, ferrovias e aeroportos no Brasil não estabelece limites de responsabilização. Mais que isso, há cláusulas contratuais que enfatizam a responsabilidade integral pelos riscos alocados, e outras pelas quais a Concessionária declara que tem pleno conhecimento da extensão dos riscos assumidos e que os levou em consideração na formulação da proposta e assinatura do contrato.

Porém, inobstante a aparente rigidez contratual, diversas Concessionárias têm solicitado a revisão de seus contratos alegando desequilíbrios ocasionados por redução *excepcional* da demanda, gastos *excepcionais* com licenciamentos ambientais e prejuízos decorrentes da crise econômica em *proporções imprevisíveis*⁵⁰. A arguição da ocorrência de eventos extraordinários, que escapariam à alocação de riscos expressa no contrato de concessão, tem surgido com frequência como justificativa de Concessionárias para o descumprimento de suas obrigações.

A questão pode ser vista de forma clara no relatório final elaborado pela Comissão Externa de Acompanhamento da Concessão da BR-101/ES, na Câmara dos Deputados, que avaliou os descumprimentos identificados em tal contrato e as justificativas apresentadas. Dentre as justificativas para a inexecução contratual, a Concessionária apontou: a “[c]rise econômica”, que resultou na redução da demanda, o “[l]icenciamento ambiental obtido de forma morosa e fragmentada” e o “[a]umento excessivo do cimento asfáltico de petróleo - CAP, usado em pavimentação”. Analisando esses argumentos, o relatório final concluiu:

“Ocorre que os principais riscos vinculados à eclosão de uma crise econômica – variação da demanda, inflação, aumento do custo de capital e variações na taxa de câmbio – fazem parte dos riscos imputados à concessionária, segundo dispõe o contrato de concessão. Isto é, ao efetivar o lance no leilão, o

⁵⁰ (CCR solicita revisão de contrato de rodovia 12/04/2017 - Valor Econômico <https://www.valor.com.br/empresas/4935730/ccr-solicita-revisao-de-contrato-de-rodovia.s.d.>)

licitante tem de ponderar se a situação do País é suficientemente segura para lhe permitir ser arrojado na disputa ou se, ao contrário, há vulnerabilidades iminentes, capazes de o levar a dificuldades caso ganhe o certame com proposta muito agressiva.

O que se percebe é que uma modelagem contratual que aloca riscos fixos e ilimitados em contratos de longo prazo pode gerar incertezas que reduzem a eficiência do modelo. A precificação da proposta, nesse modelo, apenas contempla os eventos que podem ser previsíveis no momento da contratação⁵¹, não abarcando aquela parcela de eventos ou consequências consideradas marginais ou insignificantes (cuja precificação tornaria inviável a proposta). Assim, o que se observa na prática é o resultado dessa modelagem: a imprecisão contratual resulta em incertezas sobre quais são os limites dos riscos efetivamente transferidos e tentativas de evasão da responsabilidade pelas consequências de eventos adversos.

Não se pode concluir, a partir dos argumentos acima, que o Estado deve assumir todos os riscos que ultrapassarem o que é considerado risco normal, ou seja, que seja do Poder Público todo o risco extraordinário. O que se sustenta aqui é que o contrato deve ser mais preciso na formatação das cláusulas de alocação de riscos, para que a precificação da proposta e a gestão de risco ao longo da execução contratual estejam sujeitas ao menor grau possível de subjetividade.

Nessa linha, a modelagem contratual pode – como fez o Contrato de Concessão da BR-101/290/448/386/RS – fixar limites de responsabilidade para certos riscos, em valores financeiros, ou mesmo estabelecer parâmetros a partir do qual se pode considerar uma ocorrência como extraordinária, e estabelecer regras para a repartição desse risco. A objetivação das cláusulas de risco confere maior segurança jurídica e proteção para ambas as partes contratantes, além de proteger o interesse público envolvido, na medida em que permite uma precificação que

⁵¹ (Kennedy, et al. 2018)

considere apenas os riscos efetivamente transferidos pelo contrato.

Entretanto, para os contratos já firmados nesse modelo de transferência de riscos fixos e ilimitados há um problema jurídico a ser solucionado, quanto à interpretação dos limites de responsabilidade das partes. Riscos ilimitados podem resultar na quebra do contrato – especialmente em contratos longos, sujeitos a mais intensas intempéries ao longo de seu curso. A rescisão de um contrato de concessão, por outro lado, apresenta riscos ao Poder Público, tanto no que toca à interrupção dos serviços quanto ao dever de indenização da Concessionária pela parcela adimplida do contrato, que pode chegar a bilhões de reais⁵².

Embora o modelo interpretativo seja admita um razoável grau de subjetividade, podem ser aplicados, também nesse caso, os princípios do precedente estudado, *Hadley v. Baxendale*, para fixar os limites da responsabilidade pelas *consequências* de riscos previstos em contrato. A aplicação da doutrina da previsibilidade permite melhor compreensão dos riscos que foram considerados e precificados no momento da contratação, para solucionar dúvidas sobre a interpretação das cláusulas de risco do contrato.

Se o risco foi alocado contratualmente, porém sem limitação de responsabilidade por suas consequências, deve-se admitir que cada parte deverá suportar as consequências consideradas como naturalmente decorrentes das obrigações assumidas, ou seja, do que foi razoavelmente previsto pelas partes como razão da contratação⁵³. Nesse sentido, estão excluídos do risco assumido aquelas consequências consideradas, no momento da contratação, como de probabilidade remota ou insignificante.

A solução, reitere-se, não é ideal. A ausência de

⁵² (Cassação da concessão de rodovias pode ter custo bilionário para o governo, diz ANTT” <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/04/02/cassacao-da-concessao-de-rodovias-pode-ter-custo-bilionario-para-o-governo-diz-diretor-da-antt.ghtml> s.d.)

⁵³ (Bebchuk and Shavell 1991)

comunicação expressa e detalhada dos riscos conduz a um ambiente de incerteza no qual se terá que investigar quais os riscos considerados “normais” e que foram “contemplados pelas partes no momento da contratação”, gerando incentivos a comportamento oportunista e conflitos na interpretação contratual. Entretanto, para contratos vigentes e já celebrados nesse formato, a utilização da doutrina da previsibilidade pode contribuir para evitar rescisões resultantes de riscos extremos não considerados.

A TRANSFERÊNCIA GENÉRICA DE RISCOS E A CLÁUSULA DE *HARDSHIP*

Como visto em capítulos anteriores deste trabalho, *risco* e *incerteza* são conceitos econômicos diversos, sendo o primeiro caracterizado pela mensurabilidade de suas chances de ocorrência por meio de cálculos probabilísticos, e a segunda marcada essencialmente pela incalculabilidade, seja em razão da raridade do evento analisado, seja pela limitação da capacidade humana de previsão de situações futuras.

Em contratos de longa duração o tratamento jurídico da incerteza ganha maior relevância, tendo em vista a maior amplitude de eventos que podem incidir sobre o ajuste em toda a sua fase de execução. Entretanto, o Direito no Brasil não tem se ocupado da diferenciação entre risco e incerteza de forma minuciosa, não havendo nem na legislação nem nos contratos de concessão analisados abordagem diferenciada dessas situações.

Para tratar dos eventos abrangidos pela *incerteza*, a solução que tem sido utilizada na modelagem de diversos contratos de concessão é a inclusão de uma cláusula de transferência genérica de riscos ao parceiro privado, que abrangeria quaisquer eventos não previstos expressamente. Antes de iniciar a análise das implicações desse modelo, vejamos abaixo como alguns contratos de concessão vigentes dispõe sobre a alocação genérica de riscos dentre suas cláusulas:

“20.1 Com exceção das hipóteses da subcláusula 20.2, a

Concessionária é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados à Concessão, inclusive, mas sem limitação, pelos seguintes riscos(...) ⁵⁴.

“5.3. Salvo os riscos expressamente alocados ao Poder Concedente no Contrato, a Concessionária é exclusiva e integralmente responsável por todos os demais riscos relacionados a presente Concessão” ⁵⁵.

“A CONCESSIONÁRIA é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados à CONCESSÃO, à exceção de riscos atinentes à álea administrativa do contrato, cuja responsabilidade é da CONCEDENTE (...)” ⁵⁶.

Tais cláusulas têm por finalidade transferir ao parceiro privado quaisquer outros riscos que não estejam expressamente previstos no contrato, buscando um *completamento* contratual no que toca à distribuição de riscos. Da leitura do conteúdo dessas cláusulas poderíamos concluir, a princípio, que excluídos os riscos expressamente alocados ao Poder Público, todos os demais riscos do projeto são do parceiro privado, de forma *integral e exclusiva, abrangendo riscos contemplados ou não no momento da contratação*.

Porém, a modelagem utilizada nos mais recentes contratos de concessão de rodovias e aeroportos contempla cláusula que transfere ao Poder Público a responsabilidade por eventos enquadrados como caso fortuito ou de força maior – salvo se seguráveis no Brasil – reduzindo o escopo da cláusula genérica de transferência de riscos:

“Seção I - Dos Riscos do Poder Concedente

5.2. Constituem riscos suportados exclusivamente pelo Poder Concedente, que poderão ensejar Revisão Extraordinária, nos termos deste contrato:

(...)

5.2.8. ocorrência de eventos de força maior ou caso fortuito, exceto quando a sua cobertura possa ser contratada junto a instituições seguradoras, no mercado brasileiro, na data da

⁵⁴ (Contrato de Concessão da BR-101/290/448/386/RS s.d.)

⁵⁵ (Contrato de Concessão do Aeroporto Internacional de Brasília s.d.)

⁵⁶ (Contrato de Concessão para a Exploração e Desenvolvimento do Serviço Público de Transporte Ferroviário de Cargas na Malha Nordeste s.d.)

ocorrência ou quando houver apólices vigente que cubram o evento”⁵⁷;

“20.2 O Poder Concedente é responsável pelos seguintes riscos relacionados à concessão:

(...)

20.2.4 caso fortuito ou força maior, desde que o fato gerador não seja segurável no Brasil, no momento da contratação/renovação da apólice por, no mínimo, duas seguradoras”⁵⁸.

Retomando os fundamentos econômicos da alocação de riscos, devemos ponderar que uma de suas finalidades é gerar incentivos para que as partes se comportem de forma eficiente, seja no gerenciamento do risco, seja no gerenciamento de eventuais perdas resultantes. Quanto mais remota a probabilidade do risco, ou quanto menos significativo seu potencial impacto, menores incentivos terão as partes na adoção de medidas preventivas, em razão de seus custos. Não sendo possível a adoção de cautelas contra o risco, sua alocação deve ter em conta a capacidade de cada parte de suportar as consequências desse risco com o menor custo⁵⁹.

Como vimos nos capítulos anteriores, a descrição contratual de contingências futuras e a distribuição expressa dos riscos possui maior capacidade de gerar incentivos positivos às partes no cumprimento contratual, além de possibilitar a redução dos preços propostos no leilão. Conhecidas as responsabilidades, cada parte buscará otimizar sua conduta, adotando medidas preventivas do risco ou mitigadoras de suas consequências. O não conhecimento desses riscos, por outro lado, exerce efeito oposto.

Para aquela parcela de riscos não contemplada pelas partes como razoavelmente prováveis, quando da contratação, sendo a sua distribuição *ex ante* demasiado custosa, restaria a aplicação de mecanismos de alocação *ex post*, por meio de

⁵⁷ (Contrato assinado para a concessão dos aeroportos integrantes dos blocos nordeste s.d.)

⁵⁸ (Contrato de Concessão da BR-101/290/448/386/RS s.d.)

⁵⁹ (Cooter and Ulen 2016)

procedimentos contratuais que promovam a solução, distribuindo entre as partes as consequências desses eventos. A transferência dessa alocação para momento posterior ao da assinatura do contrato pode ser feita por meio da inserção de uma cláusula de *hardship*.

A cláusula de *hardship* é conceitua por Chaves e Rosenvald nos seguintes termos:

“A cláusula de *hardship* encontra assento no direito contratual internacional. Durante a execução do contrato, circunstâncias econômicas, políticas ou sociais podem alterar de maneira fundamental o equilíbrio econômico do contrato. Dependendo da extensão dos efeitos de tal evento, os contratantes poderiam ver-se impossibilitados de executar as suas obrigações nos moldes avençados. Nestes casos, a cega obediência ao princípio da força obrigatória do contrato conduziria a objetivo contrário à proteção do interesse dos contratantes envolvido em decorrência de alteração fundamental das circunstâncias contratuais.

Embora os autores discutam a questão no âmbito dos contratos privados, a lógica de funcionamento da cláusula é a mesma nos contratos públicos, em especial naqueles de longo prazo. Tanto a maior sujeição a eventos imprevisíveis quanto o interesse público de manutenção do contrato são fundamentos para a incorporação dessa cláusula em contratos de concessão.

O International Institute for the Unification of Private Law – UNIDROIT, em documento intitulado “Unidroit Principles of International Commercial Contracts”, assim define a cláusula de *hardship*:

“SEÇÃO 2: HARDSHIP

ARTIGO 6.2.1 (Obrigatoriedade do contrato)

Quando o cumprimento de um contrato torna-se mais oneroso para uma das partes, tal parte continua, ainda assim, obrigada a cumprir o contrato, ressalvadas as disposições seguintes a respeito de *hardship*.

ARTIGO 6.2.2 (Definição de *hardship*)

Há *hardship* quando sobrevêm fatos que alteram fundamentalmente o equilíbrio do contrato, seja porque o custo do adimplemento da obrigação de uma parte tenha aumentado, seja

- porque o valor da contra-prestação haja diminuído, e
- (a) os fatos ocorrem ou se tornam conhecidos da parte em desvantagem após a formação do contrato;
 - (b) os fatos não poderiam ter sido razoavelmente levados em conta pela parte em desvantagem no momento da formação do contrato;
 - (c) os fatos estão fora da esfera de controle da parte em desvantagem; e
 - (d) o risco pela superveniência dos fatos não foi assumido pela parte em desvantagem.

As incertezas e riscos de probabilidade mínima ou insignificante podem resultar, em situações excepcionais, em grandes perdas para uma das partes, tornando o contrato excessivamente oneroso e impedindo a continuidade do projeto. Para esses casos, a inserção de uma cláusula que delimite de forma mais explícita o que se considera dentro e fora do risco assumido, preenchendo contratualmente conceitos vagos como os de caso fortuito ou força maior, pode reduzir as incertezas contratuais, desonerando os contratantes da tentativa de fixar antecipadamente responsabilidades sobre eventos por vezes absolutamente imprevisíveis.

Nessa linha,

“A cláusula de *hardship* permitiria que os contratantes estabelecessem quais seriam os eventos que caracterizariam sua incidência, podendo, inclusive, excluir expressamente alguns. Permitiria, ainda, estabelecer-se detalhadamente a constatação do evento e os procedimentos para a revisão. Os critérios da imprevisibilidade e da inevitabilidade poderiam ser acrescidos ou diminuídos. Enfim, este tipo de cláusula permitiria grande margem de atuação das partes visando-se à manutenção do vínculo contratual”.⁶⁰

Percebe-se que a inclusão da cláusula não é vantajosa apenas pelo que pode definir como eventos excluídos do risco, mas também – e talvez principalmente – pela capacidade de afirmar expressamente situações que não caracterizam sua incidência, construindo margens claras para as flutuações normais do

⁶⁰ (GLITZ 2012, 167)

contrato. A cláusula não tem por finalidade anular o risco contratual normal, mas sim conferir ao contrato maior flexibilidade para lidar com eventos extremos, cujas consequências possam tornar insuportável para uma das partes a continuidade do ajuste.

A cláusula de *hardship* não se confunde com as hipóteses de caso fortuito ou força maior, na medida em que traduz em termos *concretos e objetivos* os limites abrangidos pelos riscos assumidos, deixando claro para as partes qual o espaço dentro do qual se presume o equilíbrio contratual. Caso fortuito e força maior são conceitos que apresentam maior fluidez, não dotando as partes de informações suficientes sobre o que está ou não inserido nesse conceito. Podemos ilustrar a questão a partir da análise de algumas cláusulas encontradas nos mais recentes contratos de concessão de aeroportos no Brasil:

“Seção II – Dos Riscos da Concessionária

5.5. Observado o disposto no item 5.4, constituem riscos suportados exclusivamente pela Concessionária:

5.5.1. aumentos de preço nos insumos para a execução das obras, salvo aqueles que decorram diretamente de mudanças tributárias, nos termos do item 5.2.7;

5.5.2. investimentos, custos ou despesas adicionais decorrentes da elevação dos custos operacionais e de compra ou manutenção dos equipamentos;

5.5.3. não efetivação da demanda projetada ou sua redução por qualquer motivo, inclusive se decorrer da implantação de novas infraestruturas aeroportuárias dentro ou fora da área de influência do Aeroporto, com exceção apenas do disposto no item 5.2.3;

(...)

5.5.10. variação das taxas de câmbio;

Percebemos que a leitura das cláusulas contratuais acima transcritas, em conjunto com a cláusula que atribui ao Poder Público o risco por eventos enquadrados como caso fortuito e força maior, não apresenta elementos concretos para que as partes tenham compreensão dos limites dos riscos partilhados.

Não é difícil imaginar, por exemplo, que ao longo de 30 anos de vigência contratual se verifique a ocorrência de

aumentos extraordinários e imprevisíveis nos custos de insumos fundamentais, ou de redução extremada da demanda por quaisquer razões, ou uma variação de amplitude anormal nas taxas de câmbio, com impacto direto e imediato na execução contratual. Para esses casos, a solução contratual atual é obscura, pois inobstante o risco esteja alocado à Concessionária, há amplo espaço para disputas interpretativas quanto à abrangência do caso fortuito e da força maior. Ademais, o modelo atual é binário, alocando a apenas uma das partes a responsabilidade pelos riscos. Nos exemplos citados, as consequências adversas serão suportadas ou pelo Poder Público – se consideradas caso fortuito ou força maior – ou pelo parceiro privado, de forma integral.

A cláusula de *hardship* apresenta a vantagem de reduzir, em grande medida, tais incertezas, possibilitando, ainda, a construção de soluções não binárias, mais flexíveis e adaptáveis às condições reais. Por seu caráter de regra – e não de princípio⁶¹ – a cláusula de *hardship* pode ser construída de forma a dar limites aos riscos já partilhados, traduzindo no texto contratual o que as partes entendem estar inserido no risco normal, tanto para a variação de custos dos principais insumos, para a variação de demanda e para alterações cambiais. A fixação desses limites – mesmo que bastante amplos – conferem maior segurança jurídica às partes, que passam a ter reduzido espaço para alegações baseadas na teoria da imprevisão.

Nesse sentido, André Luiz Santos sustenta que:

“A Teoria da Imprevisão dá uma enorme abertura subjetiva à resolução de possíveis conflitos, sem qualquer tipo de limitação mais clara. A cláusula de *hardship* restringe tais possibilidades, dando maior segurança aos contratantes, e ainda assim permitindo sua manutenção mediante a revisão.⁶²”

A cláusula de *hardship* permite também, diferentemente

⁶¹ Nesse sentido, parece pertinente a lição de Kaplow, quando esclarece que as normas do tipo regra possuem maior capacidade de gerar comportamentos eficientes, quando comparadas com normas principiológicas (Kaplow, *Rules versus Standards: An Economic Analysis* 1992)

⁶² (Santos 2017, 153-154)

das regras gerais sobre caso fortuito e força maior: 1) que já sejam fixadas as regras e parâmetros para a renegociação contratual – possibilitando que ocorrências danosas tenham suas consequências absorvidas parcialmente por cada parte e 2) que seja escolhido o procedimento e eleito um terceiro adjudicador para a solução da questão, por exemplo, por meio de arbitragem.

A renegociação contratual constitui elemento essencial em um contrato de longa duração, conferindo a necessária flexibilidade para a sua adaptação às imprevisíveis alterações de circunstâncias que o podem afetar. Nesse sentido, Fernando Araújo defende a renegociação contratual como meio para aliviar os encargos da estipulação de todos os encargos – e riscos – no momento da contratação:

(...) por todos os riscos que lhe são inerentes, a renegociação continua a ser valorizada, porque alivia os encargos de estipulação *ex ante*, facultando a simplicidade e o inacabamento, e porque nalguns casos, em vez de incentivar o oportunismo, deixa às partes alguma amplitude e flexibilidade na reação contra esse oportunismo⁶³.

Para contratos futuros, portanto, a inclusão de uma cláusula de *hardship* parece ser adequada, como forma de reduzir o grau de insegurança sobre os limites de responsabilidade no momento da assinatura do contrato, permitindo que situações excepcionais – detalhadas na maior medida possível – possam ser objeto de renegociação posterior, segundo parâmetros estabelecidos já no contrato. De outro lado, para os contratos já assinados sem a cláusula, a transferência do risco de caso fortuito ou força maior (não seguráveis) ao Poder Público, pode gerar cenários de graves disputas interpretativas sobre os limites dos riscos transferidos aos parceiros privados, seja pelas cláusulas de transferência expressa, seja pela cláusula de transferência genérica de riscos.

CONCLUSÕES

⁶³ (Araújo 2007, 687)

A modelagem jurídica da alocação de riscos em contratos de concessão de longo prazo pode ser um elemento fundamental para o sucesso ou fracasso do projeto. No campo das concessões de infraestrutura no Brasil – rodovias, ferrovias e aeroportos – a complexidade e extensão dos riscos envolvidos exige ainda maior cuidado na formatação dessas cláusulas.

O presente trabalho buscou analisar o regramento jurídico aplicável à regulação do risco em contratos de concessão no Brasil, para concluir que não há, do ponto de vista jurídico, restrições quanto às formas de distribuição de riscos nesses contratos. Assim, cabe ao contrato estabelecer a forma de repartição de riscos que gere maiores incentivos a comportamentos eficientes das partes, seja quanto à precificação da proposta, seja quanto à adoção de medidas de prevenção e controle das possíveis consequências dos eventos de risco.

A compreensão dos conceitos econômicos de *risco* e *incerteza* introduz no campo jurídico elementos para um tratamento mais refinado de eventos futuros nos contratos, permitindo, em grande medida, a substituição de conceitos abertos como os de caso fortuito e força maior, predominantes na doutrina jurídica tradicional. Assim, a modelagem jurídica de um contrato de longa duração deve ser ainda mais sensível quanto ao grau de indeterminação quanto ao futuro, na indicação de qual das partes deve suportar as consequências de eventos gravosos.

O contrato pode fixar *ex ante* as responsabilidades de cada parte pelas consequências de certas ocorrências ou podem adotar contrato mais flexível no qual que se promova essa repartição ao longo de sua execução. Sob esse aspecto, o contrato apresenta uma importante função, servindo como veículo de troca de informações entre as partes, revelando seu caráter comunicativo.

Os contratos de concessão analisados neste trabalho, adotam uma forma mais rígida de alocação de riscos, buscando

fixar, no momento da contratação, as consequências de todo e qualquer evento que porventura venha a afetar o cumprimento do ajuste. Esses contratos listam uma série de eventos de risco, atribuindo a cada uma das partes a responsabilidades por suas eventuais consequências, e adotam como estratégia de fechamento contratual duas cláusulas gerais: uma que transfere a totalidade dos riscos residuais ao parceiro privado e outra que aloca no Poder Público, também de forma integral, a responsabilidade pelos eventos classificados como caso fortuito ou força maior, consagrando um modelo predominantemente binário de responsabilidades por riscos.

Observando esses contratos sob o viés da sua capacidade informativa, percebemos que quanto menor a precisão das cláusulas de alocação de riscos, menor a segurança jurídica das partes, ampliando-se as dúvidas sobre os comportamentos esperados em possíveis situações adversas. De outro lado, quando as previsões contratuais são precisas no endereçamento de contingências futuras, as expectativas mútuas são mais bem alinhadas e estabilizadas e, conseqüentemente, são menores os custos de adjudicação posterior.

Assim, a proposta aqui formulada busca, em primeiro plano, proteger o interesse público presente em concessões de serviços públicos, na medida em que fragilidades nesses contratos podem resultar em danos diretos à população, seja pela má prestação dos serviços ou mesmo pela interrupção do contrato em razão de eventos futuros que afetem seu cumprimento. Em segundo plano, busca fornecer alternativas ao modelo atual de alocação de riscos, tendo em conta os desafios impostos pelo longo prazo de vigência desses contratos.

Nesse sentido, a rigorosa alocação de responsabilidades no momento da assinatura do contrato não parece uma solução adequada. Primeiro, porque exige a utilização de cláusulas genéricas e imprecisas, incentivando disputas interpretativas no momento da sua aplicação; segundo, porque superestima a

capacidade das partes de antecipar eventos que são em grande parte imprevisíveis, reduzindo assim o poder informacional do contrato e a sua capacidade de gerar comportamento eficiente, tanto na precificação da proposta quanto no ajuste das medidas de prevenção contra o risco. Por fim, a adoção do modelo rígido de alocação termina por provocar muitas das consequências que buscava evitar, alargando o espaço de decisão discricionária do Poder Público na aplicação do contrato, em sua fase de execução, por meio do preenchimento de sentido das cláusulas genéricas que utiliza, aumentando, assim, os riscos de captura do agente público por interesses privados.

Assumindo que o contrato apenas deve fixar responsabilidades pelos eventos que é capaz de descrever, o modelo aqui proposto sustenta que os riscos devem ser previstos de forma detalhada, com limites objetivos que permitam que as partes conheçam exatamente até onde poderão ser oneradas em razão de incidentes de percurso. Dentro da esfera de *riscos*, como regra, apenas aqueles considerados razoáveis – ou seja, excluídos os marginais ou insignificantes, no momento do contrato – devem ser contratualizados.

Riscos típicos desses contratos como os relacionados à demanda, aos custos de execução e às variações cambiais devem ser descritas de forma expressa, inclusive especificando, sempre que possível, aos limites de variação abrangidos pelo risco. O contrato pode prever, por exemplo, limites para o risco de flutuação do câmbio, quando for este elemento de grande impacto no contrato⁶⁴, ou para a variação de demanda, nos mesmos moldes. A delimitação desses riscos pode produzir efeitos positivos sobre os preços propostos no leilão – pois haverá redução das incertezas sobre impactos dos riscos mais prováveis – restringindo ainda o espaço para disputas interpretativas sobre conceitos

⁶⁴ Apenas para ilustrar, o dólar americano se valorizou quase 180% entre os anos de 2011 e 2015, variação que pode afetar o cumprimento de contratos, seja diretamente, caso possua custos em moeda estrangeira, seja indiretamente, reduzindo a atratividade do contrato no cenário internacional.

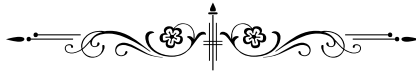
abertos como caso fortuito, força maior, álea econômica extraordinária, teoria da imprevisão, etc.

Em síntese, assumimos que incentivos funcionam melhor se as regras estão claramente definidas e comunicadas entre as partes por meio do contrato. A inclusão de uma cláusula de *hardship* nesses contratos de concessão pode ser utilizada como forma refinamento do mecanismo de alocação de riscos. O desenho da cláusula pode ser feito de modo que sejam esclarecidos os eventos que sejam considerados de *hardship*, indicados aqueles que não são considerados e, ao invés de alocar os riscos decorrentes – e os eventos de incerteza – a uma das partes, a cláusula pode prever procedimento de renegociação para que ocorrências adversas, consideradas abrangidas, possam ser suportadas por ambas as partes, segundo critérios previamente estabelecidos. Trata-se de uma forma de alocação de responsabilidades *ex post*, na qual o contrato limita-se a fixar o procedimento por meio do qual esses riscos e incertezas serão imputados às partes.

Do ponto de vista do Poder Público contratante, a cláusula de *hardship* configuraria maior proteção de sua posição contratual, diferentemente do modelo atual que lhe impõe a assunção exclusiva e integral de todos os riscos e incertezas considerados como caso fortuito e força maior. A cláusula de *hardship* pode ser desenhada de forma que reduza esse ônus estatal, construindo um mecanismo que estabeleça parâmetros para o compartilhamento das consequências desses eventos pelas partes, conferindo maior flexibilidade ao contrato para sua execução no longo prazo.

Por fim, quanto aos contratos atuais, a excessiva rigidez na alocação *ex ante* dos riscos, somado ao seu caráter predominantemente binário, torna mais complexa a tarefa de lidar com eventos extraordinários ou mesmo com consequências extraordinárias de riscos expressamente alocados. Diante da ocorrência de eventos considerados de risco marginal ou insignificante, no momento da contratação, que impacte de modo significativo o

cumprimento do ajuste, as soluções atualmente disponíveis serão a resolução do contrato – com possíveis custos de indenização e prováveis prejuízos ao interesse público – ou o enquadramento dessas ocorrências como decorrentes de caso fortuito ou força maior, assumindo o Estado integralmente os ônus decorrentes – também com prejuízos ao interesse público, soluções, portanto, de reduzido grau de eficiência.



BIBLIOGRAFIA

- Araújo, Fernando. 2007. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina.
- Arthur, W. Brian. 2013. “Complexity Economics: a different framework for economic thought, pp.4.” *Santa Fe Institute Working Paper*, Santa Fe: Santa Fe Institute.
- Ayres, Ian, e Robert Gertner. 1989. “Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules.” *Faculty Scholarship Series. Paper 445*, https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1545/.
- Bebchuk, Lucian A., e Steven Shavell. 1991. “Information and the Scope of Liability for Breach of Contract: The Rule of Hadley V. Baxendale.” *Journal of Law, Economics and Organization*, Vol. 7, 284-312.
- Beck, Ulrich. 2011. *Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade. 2ª ed. Tradução de Sebastião Nascimento*. São Paulo: Editora 34.
- Bó, Ernesto Dal. 2006. “Regulatory Capture: A Review.” *Oxford Review of Economic Policy*, Vol. 22, n. 2.
- Coase, Ronald. 1960. “The Problem of Social Cost.” *The Journal of Law & Economics*, 3, 1-44.
- Cooter, Robert, and Thomas Ulen. 2016. *Law and Economics*, 6. ed. Berkeley Law Books.

- Dean, Mitchell. 1999. "Risk, Calculable and Incalculable." Em *Risk and Sociocultural Theory: New Directions and Perspectives*, por D. Lupton, 131-160. Cambridge: Cambridge University Press.
- Easterbrook, Frank H., e Daniel R. Fischel. 1985. "Limited Liability and the Corporation." *University of Chicago Law Review*, Vol. 52 : Iss. 1, Article 3, 89-117.
- Eisenberg, Melvin Aron. 1992. "The principle of Hadley v Baxendale." *California Law Review*, v.80, 03, Article 2, 563-613.
- Garcia, Flávio Amaral. 2017. "A IMPREVISÃO NA PREVISÃO E OS CONTRATOS CONCESSIONAIS." Em *20 anos de concessões em infraestrutura no Brasil*, por Joísa Campanher Dutra e Patrícia Regina Ribeiro Sampaio. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas.
- GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. 2012. *Contrato e sua Conservação: Lesão e Cláusula de Hardship*. Curitiba: Juruá.
- Hadley v. Baxendale*. 1854. 156 Eng. Rep. 145 (Court of Exchequer). Acesso em 14 de 2019. <http://madisonian.net/downloads/contracts/hadley.pdf>.
- Kaplow, Louis. 1992. "Rules versus Standards: An Economic Analysis." *Duke Law Journal*, vol. 42, n.3, 557-629.
- . 1994. "The Value of Accuracy in Adjudication: An Economic Analysis." *The Journal of Legal Studies*, vol. 23, issue 1, 307-401.
- Kay, John. 2016. "The enduring certainty of radical uncertainty." *Financial Times* <https://www.ft.com/content/ec5520c4-fb23-11e5-8f41-df5bda8beb40>.
- Kennedy, Jonathan, Aristeidis Pantelias, Dejan Makovsek, Julian Sindall, e Klaus Grewe. 2018. *Risk Pricing in Infrastructure Delivery: Making Procurement Less*

- Costly*. International Transport Forum, OECD, Paris: <https://www.itf-oecd.org/sites/default/files/docs/risk-pricing-infrastructure-delivery.pdf>.
- Keynes, John Maynard. 1937. "The General Theory of Employment." *Quarterly Journal of Economics*, n. 51, 209-233.
- King, Mervyn. 2010. "Uncertainty in macroeconomic policy making - art or science." *Lecture by Mr Mervyn King, Governor of the Bank of England, at the Royal Society conference on "Handling Uncertainty in Science"*. London . <https://www.bis.org/review/>.
- Knight, Frank. 1964. *Risk, uncertainty and profit. Reprints of Economic Classics*. New York: Augustus M. Keley, Bookseller.
- Mackaay, Ejan, Stéphane Rousseau, e Rachel Sztajn. 2015. *Análise Econômica do Direito, 2 ed.* São Paulo: Atlas.
- Macneil, Ian. 1988. "Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical, and relation contract Law." *Northwestern University Law Review*, v. 72, n. 6.
- Marques Neto, Floriano Azevedo. 2015. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum.
- Moreira, Egon Bockman. 2007. "Riscos, Incertezas e Concessões de Serviços Públicos." *Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Ano 5, n. 20,* 35-50.
- Osei-Kyei, Robert, e Albert P.C Chan. 2015. "Review of Studies on the Critical Success Factors for Public-Private Partnership (PPP) Projects from 1990 to 2013." *International Journal of Project Management* 33(6), 1335-1346.
- Parker, David & Hartley, Keith. 2003. "Transaction Costs, Relational Contracting and Public Private Partnerships: A Case Study of UK Defence." *Journal of Purchasing and Supply Management*. 9., 97-108.

- Posner, Richard. 2003. *Economic Analysis of Law*, 6.ed. Aspen Publishers.
- Rumsfeld, Donald. 2019. Em *Oxford Essential Quotations*, por S. Ratcliffe, <http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780191843730.001.0001/q-oro-ed5-00008992>. Oxford University Press.
- Santos, André Luiz Rigo Costa dos. 2017. “CLÁUSULA DE HARDSHIP: A POSSÍVEL SOLUÇÃO PARA ASSEGURAR RELAÇÕES CONTRATUAIS INTERNACIONAIS EM TEMPOS DE CRISE COMO A BRASILEIRA.” *Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica. Vol 1, nº 1*, jan-jul: 136-159.
- Shavell, Steven. 2007. *Economic Analysis of Accident Law*. Harvard University Press.
- Tversky, Amos, e Craig R. Fox. 1995. “Weighing risk and uncertainty.” *Psychological Review*, 102(2), 269-283.
- UNIDROIT. 2010. *Princípios Unidroit Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais 2010. Tradução: Lauro Gama Jr.* <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-portuguese.pdf>.
- Wren-Lewis, Liam. 2011. “Regulatory Capture: Risks and Solutions.” *Oxford University*. <http://ecopub2.files.wordpress.com/2010/01/liam-on-capture.pdf>.
- Zou, Patrick X.W., Shouqing Wang, e Dongping Fang. 2008. “A life-cycle risk management framework for PPP infrastructure projects.” *Journal of Financial Management of Property and Construction, Vol. 13 Issue: 2*, pp.123-142, <https://doi.org/10.1108/136643>.

PRECEDENTES CITADOS

ACÓRDÃO 1174/2018 - PLENÁRIO. 2018. 028.343/2017-4 (Tribunal de Contas da União, <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/2834320174.PROC%2520/%2520DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/1/sinonimos%3Dfalse05>).

NOTÍCIAS DA IMPRENSA

- s.d. *CCR solicita revisão de contrato de rodovia 12/04/2017 - Valor Econômico*
<https://www.valor.com.br/empresas/4935730/ccr-solicita-revisao-de-contrato-de-rodovia> .
- s.d. *Cassação da concessão de rodovias pode ter custo bilionário para o governo, diz ANTT*
<https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/04/02/cassacao-da-concessao-de-rodovias-pode-ter-custo-bilionario-para-o-governo-diz-diretor-da-antt.ghtml> .

CONTRATOS DE CONCESSÃO

- Contrato assinado para a concessão dos aeroportos integrantes dos blocos nordeste, centro-oeste e sudeste. Disponível em https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/concessoes_em_andamento. s.d.
- Contrato de Concessão da BR-101/290/448/386/RS, disponível em http://www.antt.gov.br/rodovias/Concessoes_Rodoviaras/CCR_ViaSul/Index.html. s.d.
- Contrato de Concessão do Aeroporto Internacional de Brasília, disponível em <https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/jk>. s.d.

Contrato de Concessão para a Exploração e Desenvolvimento do Serviço Público de Transporte Ferroviário de Cargas na Malha Nordeste, nos trechos Missão Velha – Salgueiro, Salgueiro – Trindade, Trindade – Eliseu Martins, Salgueiro – Porto de Suape e Missão. s.d.