

**EDUARDO CAVALCANTE MEDEIROS NEVES**

**ANÁLISE DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS À LUZ DA  
TEORIA DOS CONTRATOS INCOMPLETOS**

Monografia apresentada como requisito para  
conclusão do curso de bacharelado em  
Direito do Centro Universitário de Brasília –  
UniCEUB.

Orientador: Prof. MSc Salomão Almeida  
Barbosa

**BRASÍLIA**

**2010**

À Maria Eduarda, com todo o amor de seu pai.

Agradeço, primeiramente, aos meus pais por me ofertarem todo o suporte necessário à realização deste curso de graduação.

À minha companheira, Aline, pela compreensão, paciência e amor dedicados nesta curta, mas intensa, trajetória juntos.

Ao meu orientador, Professor Salomão Almeida Barbosa, pela contribuição, atenção e dedicação prestadas.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>1 TEORIA GERAL DOS CONTRATOS .....</b>	<b>9</b>
1.1 Conceituação .....	9
1.2 Evolução contratual.....	11
1.3 Princípios do direito contratual .....	14
1.3.1 <i>Autonomia da vontade</i> .....	14
1.3.2 <i>Obrigatoriedade do contrato</i> .....	16
1.3.3 <i>Relatividade dos efeitos do contrato</i> .....	16
1.3.4 <i>Boa-fé</i> .....	17
<b>2 CONTRATO ADMINISTRATIVO .....</b>	<b>19</b>
2.1 Conceito .....	19
2.2 Alteração unilateral .....	22
2.3 Rescisão unilateral.....	24
2.4 Equilíbrio econômico-financeiro .....	26
2.5 Acompanhamento e sanções contratuais.....	30
<b>3 ANÁLISE ECONÔMICA DOS CONTRATOS.....</b>	<b>32</b>
3.1 O movimento <i>Law &amp; Economics</i> .....	32
3.1.1 <i>Eficiência</i> .....	35
3.2 Teoria econômica do contrato.....	38
3.2.1 <i>Motivações econômicas para contratar</i> .....	38
3.2.2 <i>Responsabilidade por inadimplemento</i> .....	40
3.2.3 <i>Incompletude Contratual</i> .....	42
<b>4 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS À LUZ DA EFICIÊNCIA.....</b>	<b>48</b>
4.1 Princípio da eficiência administrativa.....	48
4.1.1 <i>Law &amp; Economics no regime jurídico-administrativo</i> .....	50
4.2 A lógica do contrato administrativo .....	51
4.2.1 <i>Teoria dos contratos incompletos no contrato administrativo</i> .....	52
4.2.2 <i>Ganhos da Administração Pública</i> .....	55
4.2.3 <i>Ganhos do contratado</i> .....	57
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>63</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>65</b>

## RESUMO

Trata-se de monografia que tem como escopo analisar o contrato administrativo sob a óptica da *Law & Economics*, especialmente no que se refere à teoria dos contratos incompletos. Se trata, portanto, de identificar em que medida o contrato administrativo se mostra eficiente, isto é, se a Lei de Licitações e Contratos Administrativos se coaduna com o princípio constitucional da eficiência.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Contratos administrativos. *Law & Economics*. Teoria dos contratos incompletos. Princípio da eficiência.

## INTRODUÇÃO

O Direito tem se reformulado ao longo dos séculos para o melhor atendimento dos anseios sociais. Pode-se dizer que esse constante processo de reformulação permitiu a eclosão de uma nova corrente de estudo que ficou registrada na história como *Law & Economics*. Tal corrente viabiliza o diálogo entre as ciências jurídicas e as ciências econômicas para que, sob o estudo conjunto, as necessidades sociais sejam realizadas de forma mais eficaz e eficiente.

O direito contratual tem se mostrado uma área bastante fértil para a aplicação do ferramental econômico como forma de estudo. Assim é que os contratos empresariais são alvo de análises sofisticadas efetuadas pelos estudiosos da *Law & Economics*. No entanto, há que se evidenciar que nos contratos administrativos, onde existe o interesse público envolvido, a ineficiência é de toda forma condenável. Por isso, tão importante quanto a análise econômica dos contratos de direito privado é o estudo dos contratos de direito público.

A problemática que o presente trabalho aborda é a eficiência do contrato administrativo ante suas peculiaridades. Busca-se saber se a atual legislação está em consonância com a teoria dos contratos incompletos, para então, sugerir possíveis mudanças ou se chegar a conclusão de que os contratos de direito público atendem aos quesitos necessários à uma boa relação contratual.

Para o desenvolvimento do tema proposto, no primeiro capítulo se analisa a teoria geral dos contratos tendo em vista que todas as espécies de contratos, inclusive o administrativo, são ontologicamente semelhantes. Assim, é exposto um panorama histórico que explica a evolução dos contratos no decorrer do tempo. Em seguida se apresenta a principiologia contratual tão ou mais importante que os dispositivos legais que tratam do tema.

Conhecendo a essência dos contratos, no segundo capítulo introduz-se as peculiaridades do contrato administrativo. As diferenças entre os contratos de direito público

e aqueles de direito privado são tão fortes que Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 599-601) chega a afirmar que os ajustes firmados pela Administração Pública não são contratos.

No terceiro capítulo faz-se uma introdução do que se trata o movimento *Law & Economics*. Como surgiu, a forma como se trabalha e os institutos básicos que serão base para a análise do contrato administrativo. Destaca-se nesta parte a teoria dos contratos incompletos que prega que a incompletude contratual faz com que os agentes consigam lucros futuros não possíveis de se realizarem no momento da contratação.

Por fim, o último capítulo aplica a análise econômica do direito aos contratos administrativos. Neste capítulo verifica-se se há a possibilidade ou não de diálogo entre as ciências econômicas e o direito nos contratos de direito público. Parte fundamental para se chegar às respostas que instruem o presente trabalho.

A metodologia utilizada é a dogmático-instrumental, com análise de doutrina, legislação e jurisprudência. A doutrina adotada faz parte tanto de livros como de artigos de periódico e ainda textos relevantes encontrados na rede mundial de computadores. A legislação mais evidente é a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, sem esquecer os dispositivos constitucionais pertinentes ao tema. Alguns julgados do Supremo Tribunal Federal – STF e do Superior Tribunal de Justiça – STJ também estão presentes no estudo. Cabe lembrar, que se parte de uma crítica geral (contratos) para uma análise específica (contratos administrativos), razão pela qual pode se dizer que se utiliza do método dedutivo para se chegar às conclusões do trabalho.

## 1 TEORIA GERAL DOS CONTRATOS

Antes de adentrar na matéria específica sobre contrato administrativo, é preciso conhecer a teoria geral dos contratos tendo em vista que rege todo gênero contratual (MEIRELLES, 2010, p. 246). O contrato regido pelas normas de Direito Privado pré-existe ao contrato de Direito Público, razão pela qual, historicamente, trabalho mais aprofundado foi dedicado às convenções entre particulares. Com isso, o contrato administrativo, criação mais recente, “bebe da fonte” do direito contratual privado.

Assim, este capítulo tem como escopo introduzir alguns conceitos básicos sobre teoria geral dos contratos.

### 1.1 Conceituação

Para o desenvolvimento deste trabalho, faz-se mister entender contrato não apenas como um ato jurídico, mas também como fenômeno econômico<sup>1</sup>. Assim, apresenta-se inicialmente a natureza econômica contratual para, a seguir, explorar seus aspectos jurídicos.

“Etimologicamente, a palavra contrato provém do latim *contractus*, que por sua vez deriva do conceito *contrahere*, que significa, reunir, concentrar, o que nos dá a idéia de um acordo de vontades” (MATTOS, 2002, p.7). Segundo Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi (2005, p. 112) “a noção de contrato como acordo de vontades tem sua acepção econômica em três processos diferentes: a oferta e a contrapartida da oferta, a aceitação da oferta e da contrapartida e a liquidação da promessa”.

Em relação aos dois primeiros processos, fica evidente a preponderância do elemento volitivo uma vez que o contrato ainda se encontra em fase de formação. Em se tratando de liquidação da promessa, momento em que o instrumento se encontra perfeitamente formado e conseqüentemente válido, pode ocorrer o descumprimento do pacto, e daí resulta a importância das salvaguardas. Somente a partir destas é que se pode impor o adimplemento resistido do contrato.

---

<sup>1</sup> Em que pese alguns autores tomarem contrato como vocábulo de significação estritamente jurídica (NADER, 2007, p. 7), neste trabalho perfilha-se entendimento que o instituto trata-se, antes de qualquer outra coisa, de fato econômico (GOMES, 1990).

Na teoria econômica é uníssono que a natureza do contrato é uma promessa. No entanto, há controvérsia em torno dos mecanismos de salvaguardas. Em grande parte, a doutrina reconhece como contrato apenas aqueles em que o ambiente institucional resguarda o direito dos contraentes em caso de descumprimento, isto é, o pacto pode ser garantido por meio judicial. Nesse sentido, Pinheiro e Saddi (2005, p. 113) afirmam que “contrato é a promessa institucionalizada pelo sistema jurídico, sujeito que está à coerção, mas que é, sobretudo, estabelecida por mecanismos de incentivos entre agentes econômicos”.

Não obstante, há autores que relativizam esse conceito por aceitarem como proteção não somente o sistema jurídico, proclamando a existência de salvaguardas ditadas por questões reputacionais (como exemplo: por intermédio do cadastro de inadimplentes do Serviço de Proteção ao Crédito – SPC e Central de Serviços Bancários - SERASA) ou sanções sociais informais (KLEIN, 1981 *apud* ZYLBERSZTAJN, SZTAJN, 2005, p. 104). O que afasta a coincidência entre o instituto jurídico e o econômico, sendo este mais amplo que aquele.

De qualquer modo, as proteções contratuais são imprescindíveis para a teoria econômica do contrato. Pois somente com a garantia de cumprimento ou com a sanção em caso de descumprimento o contrato atende às suas razões econômicas, quais sejam: prover a alocação eficiente de risco, prover incentivos eficientes e economizar em custos de transação *ex post* (ZYLBERSZTAJN, SZTAJN, 2005, p. 105). As razões econômicas são temas a serem aprofundados no próximo capítulo, por enquanto é importante ter em mente apenas o conceito econômico de contrato: uma promessa de comportamento, seja de dar, fazer ou não fazer, amparada por salvaguardas.

Por outro lado, temos a visão sob o prisma jurídico. Para os operadores do direito, o instituto contratual é a principal modalidade de fonte de obrigações, ao lado dos atos unilaterais, títulos de créditos e atos ilícitos, dolosos e culposos. É uma espécie de negócio jurídico que se distingue dos outros por ter como traço marcante a bilateralidade ou plurilateralidade. Esse traço advém da idéia mencionada alhures de acordo de vontades, que pressupõe duas ou mais partes pactuando. Vale lembrar que para haver contrato não basta a existência de mais de um sujeito, uma vez que a vontade de várias pessoas pode ser concorrente e, assim figurando no mesmo pólo da relação jurídica. Do mesmo modo, pode existir contrato com apenas uma pessoa representando as várias partes da relação, como no

autocontrato ou contrato consigo mesmo. O pressuposto é a presença de partes e não de pessoas (GOMES, 1990, p. 11).

Na análise do instituto, muitos autores recorrem à conceituação clássica dada por Clóvis Beviláqua (*apud* GONÇALVES, 2009, p. 2) que define contrato como “acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direito”. Essa visão sofre crítica em função de inserir o contrato em campo muito amplo dos fatos jurídicos. Assim, Paulo Nader (2007, p. 11) apresenta três acepções para esta espécie de negócio jurídico, destacando o grau de abrangência como elemento diferenciador. A acepção de Beviláqua seria a mais abrangente, englobando até mesmo negócios jurídicos como o casamento. Seguido por uma, pouco mais restrita, que considera imprescindível o conteúdo patrimonial, somente as avenças suscetíveis de valoração econômica seriam consideradas contratos. Por fim, a mais limitada é aquela que leva em consideração apenas os negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais que se encontram regidos pelo Direito das Obrigações.

Como o intuito deste trabalho é analisar o contrato administrativo, que por certo é uma modalidade de contrato, sempre tem conteúdo patrimonial mas não se enquadra nas relações obrigacionais comuns de Direito Privado, a melhor definição é aquela que atribui como característica essencial do contrato o conteúdo patrimonial. Nos dizeres de Maria Helena Diniz (2008, p. 13):

Contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.

Conhecendo o conceito e a natureza contratual, passa-se agora a acompanhar a evolução do instituto no decorrer da história.

## **1.2 Evolução contratual**

O contrato tem como função precípua permitir a circulação de riqueza, de forma que a evolução contratual seguiu a sorte do pensamento econômico vigente nas diversas fases de seu desenvolvimento. Fábio Ulhoa Coelho (2002, p. 07) aponta três momentos em que o instituto teve tratamento peculiar: o primeiro se caracteriza pela supremacia da autonomia da vontade; o segundo momento é marcado pela intervenção do

Estado no conteúdo contratual; e por fim, síntese dos dois antecedentes, o modelo reliberalizante em que atualmente se vive.

A primeira fase, desenvolvida pelo Código Napoleônico e pelo Código civil alemão (VENOSA, 2005, p. 396), foi reflexo dos ideais capitalistas que apregoavam a liberdade e igualdade como valores supremos na sociedade. A autonomia da vontade era tida como expressão da liberdade em que o sujeito poderia livremente contratar ou não contratar, escolher com quem negociar, bem como estipular o conteúdo da avença sem interferência estatal. Partia-se do pressuposto que as partes se encontravam em igualdade de condições para determinar o contrato. Por meio do acordo, o homem criava lei entre as partes, o que tornava absolutamente obrigatórios os dispositivos estipulados pelas partes, consagrando-se o princípio *pacta sunt servanda*. Neste contexto, o papel do Estado se resumia em conferir segurança às convenções particulares, garantindo o cumprimento dos acordos. Este modelo teve vigência predominante nas principais legislações até o começo do século XX.

Com o decurso do tempo, o liberalismo puro deu lugar ao modelo social que acabou por influenciar um novo pensamento contratual. Constatou-se que a premissa de igualdade não se fazia presente na realidade. Alguns agentes econômicos detinham posição privilegiada na constituição de contratos. Aqueles que não possuíam os meios de produção - concentrado nas mãos capitalistas - ficavam submetidos aos ditames do poderio econômico. Não possuíam liberdade já que sua única propriedade era sua própria força de trabalho, a qual se viam obrigados a vender em um mundo em que ninguém sobrevive sem realizar trocas (essência do capitalismo).

A restrição de liberdade fica patente quando se têm início os contratos de adesão. Carlos Roberto Gonçalves (2009, p.76) explica que:

Contratos de *adesão* são os que não permitem essa liberdade, devido à preponderância da vontade de um dos contratantes, que elabora todas as cláusulas. O outro adere ao modelo de contrato previamente confeccionado, não podendo modificá-las: aceita-as ou rejeita-as, de forma pura e simples, em bloco, afastada qualquer alternativa de discussão.

Diante disso, o Estado passa a intervir nas relações particulares a fim de viabilizar a liberdade e igualdade dos contraentes, busca-se a equalização de condições das

partes. Os ordenamentos jurídicos passam a além de proibir algumas práticas contratuais, estabelecer o conteúdo de avenças. O que ficou conhecido como dirigismo contratual.

Em acordo com o que foi dito, Daniele de Lima de Oliveira (2009, p. 46) assevera:

As modificações econômicas, sociais e políticas ocorridas nos séculos XIX e XX tiveram como conseqüência a substituição do Estado Liberal pelo Estado Social. Este último, como bem esclarece Paulo Luiz Netto Lôbo, sob o ponto de vista do direito, é aquele que acrescentou à dimensão política do Estado liberal a dimensão econômica e social, mediante a limitação e o controle dos poderes econômicos e sociais privados e a tutela dos mais fracos. Revela-se pela intervenção legislativa, administrativa e judicial nas atividades privadas.

Em síntese, o Estado que antes protegia os direitos individualistas passa a adotar o bem-estar social como principal norte de suas ações.

Outra mudança importante se deu no campo da obrigatoriedade dos termos pactuados. Conforme afirmado acima, no auge da supremacia da vontade o acordo gerava lei entre as partes o que tornava os dispositivos do instrumento contratual absolutamente obrigatórios. Com a Primeira Guerra Mundial o cenário econômico se transformou substancialmente, esta mudança fez com que muitos contratos se tornassem totalmente inexecutáveis, e que outros somente pudessem ser cumpridos mediante a ruína econômica de uma das partes, isto é, um sujeito para adimplir suas obrigações pactuadas teria de se desfazer da maior parte de seu patrimônio. Para solucionar esse problema, os sistemas jurídicos socorreram-se à antiga cláusula *rebus sic stantibus*.

Recepcionada no direito pátrio como Teoria da Imprevisão, trata-se de mitigação do princípio *pacta sunt servanda*. A cláusula que se presume implícita em todo contrato permite que uma parte exija a revisão do acordo ou a liberação do dever de cumprimento dada a alteração das condições em que o pacto foi firmado. A exceção à obrigatoriedade do contrato data do Código de Hamurabi, mas o termo *rebus sic stantibus* provém da frase no Código Justiniano: *contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam et futuro, rebus sic stantibus intelligentur*. Percebe-se que a possibilidade de revisão das avenças é tão antiga quanto o próprio contrato, mas permaneceu esquecida com o advento dos ideais capitalistas. E que só retorna em larga escala aos ordenamentos jurídicos após a Primeira Guerra Mundial, em virtude dos desequilíbrios econômicos oriundos deste sinistro.

Atualmente, conforme ensina Coelho (2002, p. 14) vivemos em um sistema misto reliberalizante. Isto porque passada a segunda fase em que o Poder Público passa a exercer uma regulação acentuada sobre os contratos, o processo de globalização e decadência dos regimes socialistas revelam a exigência de um novo entendimento para o direito contratual: a idéia de direito-custo. Esta idéia tem como base as relações entre os diversos agentes econômicos em mundo sem barreiras fronteiriças. Quanto menor os empecilhos sobre a liberdade contratual em um determinado espaço, menor se tornam os custos de transação e maior a atratividade do local para investimentos.

Portanto, a função do legislador é saber diferenciar quando há uma relação entre desiguais (passível de limitação da autonomia da vontade) de uma relação entre agentes econômicos de mesmas condições (não passível de limitações da liberdade contratual). Assim, o autor sustenta:

A disciplina jurídica dos contratos é direito-custo. A margem de atuação da autonomia da vontade e a intervenção do estado, calibradas pela lei, interferem no cálculo empresarias. A previsibilidade (condição de eficiência desse cálculo) depende do reconhecimento da vinculação da livre vontade dos contratantes, nas relações empresariais iguais, e da aplicação o quanto possível objetiva do direito vigente, nas relações entre os desiguais. (2002, p. 16)

Isto é o mesmo que dizer a norma deve tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente na medida de suas desigualdades, em consonância com os preceitos da Constituição Federal de 1988.

### **1.3 Princípios do direito contratual**

Assim como ocorre em todo ramo jurídico, o estudo do direito dos contratos nos revela princípios que servem de base norteadora de toda a análise contratual. A doutrina enumera uma gama destes princípios, dos quais aqui aproveitar-se-á os mais relevantes. São eles: autonomia da vontade, obrigatoriedade do contrato, relatividade dos efeitos e boa-fé.

#### *1.3.1 Autonomia da vontade*

A autonomia da vontade já foi alvo de estudo no item anterior. Como visto, ainda no Estado liberal este princípio era elevado ao grau máximo, prevalecendo como absoluto, ou seja, não sofria quaisquer restrições. Consubstancia-se na liberdade de contratar

ou não contratar, na escolha de quem contratar e no poder de estipulação do conteúdo do acordo<sup>2</sup>. A análise contratual se concentrava no aferimento do elemento volitivo da avença. Daí o surgimento dos vícios de consentimento, quais sejam: o erro, dolo, lesão, coação e estado de perigo.

Hodiernamente, a liberdade contratual está submetida às normas de ordem pública e aos bons costumes. O caráter da socialidade do novo Estado Social acarreta a sobreposição do interesse social sobre o interesse particular. No ordenamento vigente, todo contrato deve obedecer à sua função social. É o que preceitua o art. 421 do Código Civil. Senão veja-se:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Impende lembrar que as limitações sobre a autonomia contratual serão legítimas apenas quando se mostrarem imprescindíveis para o bem-estar da sociedade. De outro modo, o Poder Público estaria limitando arbitrariamente a liberdade dos indivíduos, o que não se coaduna com o atual estágio de desenvolvimento de Estado Social de Direito. Sílvio de Salvo Venosa (2005, p. 406) adverte ainda para as deturpações a que leva a intervenção do legislador nas atividades privadas. Muitas vezes a lei busca determinado fim mas acaba acarretando efeito totalmente contrário. Como se observou em algumas leis de inquilinato, a “denominada proteção ao inquilino desestimula as construções e, conseqüentemente, faltam imóveis para locar”. Outro caso bastante conhecido é a estipulação de pagamento de meia entrada para estudante em cinemas. Na prática o preço se elevou ao dobro, não beneficiando os estudantes e prejudicando aqueles que não possuem carteira estudantil.

Portanto, pode se dizer que a autonomia da vontade é ainda o princípio basilar das convenções privadas. A despeito de não possuir mais o condão de obrigar as partes de modo irremediável, a liberdade está inserida no campo da dignidade da pessoa humana, fundamento da Constituição Federal de 1988. Logo, não pode ser restringida de qualquer maneira, a bel prazer do legislador, mas somente quando exigir o interesse público.

---

<sup>2</sup>Diniz (2008, p. 23) traz exemplos de não observância de cada esfera da autonomia da vontade. A liberdade de contratar ou não contratar é freada nos casos de seguro obrigatório. A liberdade de escolher a outra parte do negócio jurídico esbarra na contratação de serviços públicos monopolistas. A liberdade, da parte aderente, de determinar o conteúdo da avença não se encontra presente no contrato de adesão.

### *1.3.2 Obrigatoriedade do contrato*

O princípio da obrigatoriedade dos contratos decorre diretamente da autonomia da vontade. Como, via de regra, ninguém é obrigado a contratar, aqueles que o fazem criam leis entre as partes como expressão de sua liberdade. O contrato válido e eficaz torna obrigatório o cumprimento dos dispositivos inseridos no instrumento contratual, isto é, a convenção passa a ter força vinculante. Note-se que este princípio se difere do primeiro no que tange o momento da contratação. A autonomia da vontade se dá basicamente no processo de formação do contrato, enquanto o efeito vinculante só se opera após a avença se tornar válida e eficaz.

Um aspecto da obrigatoriedade reflete a imutabilidade dos termos pactuados. Uma parte não pode alterar unilateralmente o que foi convencionado de forma bilateral ou plurilateral. Não obstante, em vista da supremacia do interesse público o contrato administrativo pode ter cláusulas alteradas unilateralmente pela Administração Pública quando esse interesse exigir tal alteração<sup>3</sup>.

A obrigatoriedade é o elemento que caracteriza um contrato para a doutrina econômica. Somente com a possibilidade de se fazer cumprir as promessas é que se pode realizar um contrato de maneira eficiente e que atenda as suas razões econômicas.

Todavia, assim como acontece com a liberdade contratual, a obrigatoriedade também enfrenta limitações. Quando houver um desequilíbrio na equação contratual poderá o instrumento ser objeto de análise e revisão judicial. No decorrer da evolução histórica apresentou-se a Teoria da Imprevisão como fator de exceção ao princípio.

Assim, em que pese a obrigatoriedade das avenças encontrar exceções no ordenamento jurídico, o princípio se mostra um importante elemento que confere ao instituto segurança jurídica e, conseqüentemente, permite a eficiência econômica.

### *1.3.3 Relatividade dos efeitos do contrato*

O princípio em questão tem como escopo garantir que as obrigações derivadas de um contrato só afetem aqueles que participaram do acordo de vontades. Vale

---

<sup>3</sup> Ver capítulo 2, item 2.2.

dizer que, terceiro alheios à relação jurídica estabelecida contratualmente não são atingidos pelos efeitos contratuais.

Venosa (2005, p. 407) trata o princípio da seguinte forma:

A regra geral é que o contrato só ata aqueles que dele participaram. Seus efeitos não podem, em princípio, nem prejudicar, nem aproveitar a terceiros. Daí dizemos que, com relação a terceiros, o contrato é *res inter alios acta, aliis neque nocet neque potest*.

Significa dizer que quando a lei não dispõe de forma diversa, os efeitos da avença só impõe contra ou a favor daqueles que participaram do negócio jurídico. Duas exceções são enumeradas pelo Código Civil: os casos dos herdeiros universais e estipulação em favor de terceiro.

#### 1.3.4 Boa-fé

Toda sociedade espera que os indivíduos que a compõe tenham um comportamento digno, probo, reto, fiel aos valores cultivados em seu seio. No processo de contratação não ocorre o contrário, espera-se que as partes integrantes da relação jurídica adotem conduta compatível com a moralidade e lealdade. O princípio da boa-fé nada mais é que a expressão deste anseio social positivado juridicamente.

Ademais a boa-fé dos agentes contraentes é elemento a ser considerado no que concerne ao risco dos contratos. Quanto mais uma das partes demonstrar sua eticidade menor será o risco de embaraços ao cumprimento da avença e, conseqüentemente, menor os custos de transação. Fácil entender que quando uma parte tem alto grau de receio em relação ao comportamento antiético de outro agente a contratação resta frustrada. Por isso, a boa-fé desempenha notado valor à eficiência no processo de contratação.

A boa-fé pode ser identificada sob dois prismas: objetivamente e subjetivamente. A boa-fé subjetiva está ligada ao quadro psíquico do sujeito, conforme a lição de Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p. 16):

[...] relaciona-se com o estado de consciência do agente por ocasião de um dado comportamento. Referida em diversos dispositivos legais como é o caso do ar. 1201 do CC, consiste no desconhecimento de um vício, relativamente ao ato jurídico que se pratica ou à posse que se exerce.

Por boa-fé objetiva pode se entender a norma de conduta que é imposta aos contratantes observar nas diversas fases do contrato – desde a pré-contratual e até mesmo após a extinção do vínculo negocial – com vistas a resguardar a função social do contrato. Está alicerçada no art. 422 do Código Civil, que dispõe:

Art. 422 Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

O dispositivo outorga ao magistrado o poder de analisar o caso concreto e averiguar se a conduta do contraente se mostra ou não compatível com os bons usos e costumes da sociedade. Trata-se portanto de *cláusula geral* abrindo um maior campo de aplicação do princípio.

Venosa (2005, p. 210) classifica três funções ao princípio ora analisado, quais sejam: função interpretativa; função do controle de exercício de um direito; e função de integração do negócio jurídico. Na função interpretativa, a boa-fé atua sugerindo ao juiz que a interpretação dos termos contratuais deve refletir aquilo traduz sua função econômico-social, levando à revelação do interesse comum dos contraentes. Em relação ao controle de exercício de um direito, verifica-se a limitação de direitos dos contratantes com vista a coibir o abuso de direito. Por fim, a integração se dá por via da criação de deveres acessórios que a boa-fé gera aos agentes, como por exemplo: dever de informação, de lealdade e prudência.

Com isso, percebe-se que o princípio insculpido no art. 422 do novel Código tem vasta aplicação no direito contratual. A norma aberta permite que cada caso concreto seja analisado para avaliação do comportamento do agente. Andou bem o legislador tendo em vista que as situações cotidianas apresentam um campo grande, sempre em crescimento e renovação, do princípio da boa-fé contratual.

Analisando o que foi tratado nesse capítulo, percebe-se que a teoria geral dos contratos está intimamente ligada a fatores econômicos. O que leva, inexoravelmente, a avaliar o pensamento econômico para entender a evolução do direito contratual.

## 2 CONTRATO ADMINISTRATIVO

Assim como as pessoas jurídicas de direito privado, a Administração Pública também se usa do instituto contratual para o atendimento de suas necessidades. Necessidade que neste caso será sempre o interesse público, ainda que de forma indireta. Com efeito, os contratos administrativos ganham relevo perante os estudiosos do Direito à medida que a posição do Poder Público como parte da relação negocial transforma substancialmente tais contratos em relação àqueles comuns de direito privado.

Tendo em mente as características essenciais dos contratos, torna-se possível tratar do contrato administrativo. Neste capítulo serão analisadas as peculiaridades dos contratos realizados pela Administração Pública sob regime predominantemente público.

### 2.1 Conceito

Podem-se distinguir duas modalidades de contratos realizados entre a Administração e particulares, quais sejam: os contratos de direito privado e os contratos administrativos *strictu sensu* (DI PIETRO, 2008, p. 237). O primeiro caso ocorre quando o acordo celebrado é regido predominantemente pelas normas de direito privado, enquanto no segundo tais normas só atuam de forma supletiva. O que determina a subordinação a um dos regimes é a qualidade em que atua a Administração Pública na relação contratual. Quando figura representando o Poder Público, objetivando a realização dos anseios públicos primários a relação se submete ao regime próprio administrativo. De outro lado, quando a relação não tem como fim direto o interesse público o regime privado é mais apropriado para regular tais contratos. Meirelles (2010, p. 251) exemplifica os contratos de direito privado celebrados pela Administração com os casos dos seguros, locação, compra e venda de imóveis. Percebe-se que em tais contratos há o interesse público secundário que muitas vezes é apenas a melhor utilização econômica de um bem público.

Sobre a diferença entre as duas modalidades contratuais, o Supremo Tribunal Federal - STF já se pronunciou nos seguintes termos:

[...]1. Contratos da administração – Distinção entre contratos privados da Administração e contratos públicos da Administração. Somente quanto aos últimos é possível reconhecer à Administração, em princípio, o poder de rescisão unilateral, por motivo de inexecução das obrigações de concessionário e para a satisfação de interesse coletivo, sujeito o ato a controle *a posteriori*, para eventual satisfação de perdas e danos. (STF, Tribunal Pleno, RE 89.217, j. 6.6.1979, DJU 26.10.1979; RTJ 91-03/1009)

Com isso, verifica-se que contrato administrativo é espécie do gênero “contratos da Administração Pública”, caracterizado pela qualidade de atuação do ente administrativo. Neste sentido Meirelles (2010, p. 246-247) assevera:

*Contrato administrativo é o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou com outra entidade administrativa, para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições desejadas pela própria Administração. (grifo do autor)*

Portanto, afastam-se deste conceito os casos em que a Administração contrata em relação quase que de igualdade com os particulares, que é o caso dos contratos regidos predominantemente sob os regramentos do Direito Civil. O autor revisa seu antigo entendimento que considerava a conjugação entre interesse público e presença da Administração Pública para a caracterização do contrato administrativo (MEIRELLES, 2010, p. 249). Isto porque o interesse público também se encontra presente nos contratos regidos pelo direito privado, uma vez que a Administração sempre atua em conformidade com o interesse público.

Diogenes Gasparini (2007, p. 643) adverte que a presença da Administração Pública é prescindível para a realização do contrato administrativo. De acordo com o autor, tais contratos podem ser celebrados tanto pela Administração quanto por quem lhe faça as vezes, sendo mais apropriado identificá-los pela instabilidade que o contratante público pode causar à relação, “ressalvados os interesses patrimoniais do particular”.

Vale registrar o pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 599-601), que seguindo a linha de raciocínio de seu pai, vê com restrições a natureza contratual dos ajustes da Administração Pública com os particulares. O fato de a Administração possuir poderes que advém diretamente da lei e de princípios que são inderrogáveis por ajuste contratual, seria um entrave para se definir tais ajustes como contratos. Ainda que as cláusulas financeiras sejam avençadas bilateralmente, que não possam ser afetadas pelo comportamento da Administração Pública, não há falar em contrato uma vez

que tais cláusulas estão mais para acessórias que para principais, não sendo possível se caracterizar um instituto em razão de fatos acessórios. Por conseguinte, o que a maioria da doutrina reconhece como contrato, na verdade seria apenas um ato unilateral.

A par das críticas, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p. 240) corrobora a natureza contratual do instituto tendo em vista que nos atos unilaterais há somente uma declaração de vontade. Enquanto que nos ajustes aqui tratados fica evidente que só se operam a partir do encontro de vontades entre Administração e particulares. Ademais, o atributo da imperatividade que acompanha os atos administrativos “permite à Administração utilizar-se de seu poder de império para criar obrigações para o particular, independente de sua concordância ou ainda contra a sua vontade”, o que não ocorre nos contratos administrativos (DI PIETRO, 2008, p. 240). Em suma, como os ajustes travados entre Administração e particulares criam deveres e obrigações para ambas as partes e que há necessidade de encontro de vontades, então a natureza contratual fica patente.

Diante da divergência doutrinária, cabe lembrar que a rotulação dos institutos jurídicos sob uma determinada classificação muitas vezes esbarra no aspecto dinâmico que é o mundo real. Há casos em que uma classificação rígida se torna impossível e há poucos em que se pode rotular de maneira segura. Assim, os ajustes firmados pela Administração Pública com particulares, por certo, possuem características tanto de atos unilaterais como de contratos não sendo possível afirmar de maneira categórica qual sua natureza. No entanto, quando avaliado os elementos formadores de tais ajustes tem-se que o peso gravitacional de tal relação pende mais acentuadamente para a natureza contratual. Assim o é em razão da imprescindibilidade de um acordo de vontades – ainda que limitada pela lei e pelos princípios da Administração Pública - bem como da criação de obrigações e direitos para ambas as partes.

Assim, a melhor definição é aquela que privilegia a natureza contratual do instituto que pode ser representada pelas palavras de Di Pietro (2008, p. 237):

**E a expressão contrato administrativo é reservada para designar tão-somente os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo o regime jurídico de direito público.** (grifos do autor)

A presença da Administração Pública como representante do Poder Público derroga o regime jurídico privado e estabelece o regime jurídico administrativo. Isto ocorre pelo fato de a Administração deter a tutela do interesse público, que não pode ser prejudicado em benefício de interesses particulares. Para a melhor defesa do interesse público, é conferido à Administração poderes - que na verdade também são deveres – a fim de viabilizar tal proteção. Tais poderes, no âmbito dos contratos administrativos, são traduzidos pelas cláusulas exorbitantes.

Sobre as cláusulas exorbitantes, Gasparini (2007, p. 673) explicita:

Nos contratos administrativos reconhecem-se em razão da lei, da doutrina e da jurisprudência, a favor da Administração Pública contratante, certas prerrogativas, a exemplo de a) modificar a execução do contrato a cargo do contratante particular; b) acompanhar a execução do contrato; c) impor sanções previamente estipuladas; d) rescindir, por mérito ou legalidade, o contrato. Esses privilégios ou, mais precisamente, *deveres-poderes*, consubstanciam as *cláusulas exorbitantes*, que segundo Vedel, são as não comuns ao contrato de Direito Privado porque nulas (desigualam as partes) ou impróprias (poder de fiscalização e de impor sanções) para essa espécie de ajuste.

As cláusulas exorbitantes são a fonte de disparidades entre os contratos comuns de direito privado e os contratos administrativos. Conforme a lição supra transcrita, tais cláusulas podem ser identificadas como a possibilidade de alteração e rescisão unilateral do contrato, o acompanhamento da execução e o poder de impor sanções. O regime jurídico de tais contratos encontra-se, na maior parte, regrada na Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Cumpre destacar os dispositivos constitucionais que norteiam a contratação da Administração Pública Federal, quais sejam: arts. 22, XXVII, 37, XXI e 175 da Norma Fundamental. Nos próximos itens serão abordadas cada face das cláusulas exorbitantes.

## **2.2 Alteração unilateral**

A primeira peculiaridade do contrato administrativo é o poder conferido à Administração Pública de alterar unilateralmente determinados termos da execução do contrato. Este poder “é inerente à Administração, pelo que podem ser feitas mesmo que não previstas em lei ou consignadas em cláusula contratual” (MEIRELLES; 2010, p. 258). A falta de previsão no instrumento convocatório da licitação ou contratual não obsta a realização de alterações unilaterais por parte do Poder Público. No entanto, a possibilidade de alteração unilateral não é ilimitada. Primeiro porque sempre deve estar baseada na consecução do

interesse público, por isso a despeito da discricionariedade em que está envolto, o ato não pode descambar para arbitrariedade. Outra limitação se refere ao objeto de modificação. Apenas as cláusulas regulamentares poderão ser alteradas. Assim, fica afastada dos ditames da Administração as cláusulas financeiras que estão salvaguardadas por mandamento constitucional.

O poder de alteração unilateral encontra base legal inicialmente no art. 58, I, da Lei nº 8.666/93 que dispõe que a Administração poderá modificar, unilateralmente, os contratos “para melhor adequação às finalidades do interesse público, respeitados os direitos do contratado”. Assim, o dispositivo condiciona o ato ao interesse público bem como não permite que o particular tenha seu lucro prejudicado por uma decisão unilateral do contratante público. Mais especificamente, o art. 65 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos enumera dois casos em que é possível a alteração. O primeiro “quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos”. O segundo “quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto” obedecidos certos limites.

No primeiro caso, a lei tem o intuito de fazer o Administrador assimilar as evoluções tecnológicas e tornar a execução contratual mais eficiente. Sempre que houver um avanço, o desenvolvimento de uma nova tecnologia que possa incrementar a qualidade do objeto contratual ou diminuir os custos da execução o Administrador deve rever o projeto ou suas especificações. Neste sentido, Meirelles (2010, p. 258) apóia o permissivo legal nos seguintes termos:

E sobejam razões para essa orientação, já que a Administração tem o dever de acompanhar as mutações do progresso, dotando a comunidade das obras, serviços e meios técnicos que assegurem o bem-estar social. Como os instrumentos da civilização se modificam a cada momento, em razão dos avanços da Ciência e da Técnica, e as exigências da sociedade se ampliam segundo o desenvolvimento econômico e social da comunidade, a Administração terá que alterar freqüentemente o projeto dos serviços e das obras públicas para atender adequadamente às necessidades dos administrados e ao próprio interesse público interesse público.

Imobilizar as *cláusulas regulamentares* ou *de serviço*, nos contratos administrativos, importaria impedir a Administração de acompanhar as inovações tecnológicas, que também atingem as atividades do Poder Público e reclama sua adequação às necessidades dos administrados.

Note-se que no caso da alteração que incide sobre projeto a lei não opôs qualquer limitação quantitativa. Não obstante, o poder de alterar o projeto não ilimitado, deve sempre corresponder às reclamações do interesse público, sob pena de caracterizar fraude ao procedimento licitatório (MELLO, 2007, p.608).

No caso das alterações quantitativas do objeto contratual, o parágrafo primeiro do art. 65 dispõe que os acréscimos e supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras não podem ultrapassar 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato. Para as obras de reforma de edifício e equipamento, o limite é de 50% (cinquenta por cento). Importante lembrar que este poder de alteração não deve ser utilizado para transferir renda do particular para a Administração. Em cada caso concreto devem ser avaliadas as justificativas para a alteração bem como a devida recomposição do lucro do particular. Assim é que decidiu o Superior Tribunal de Justiça - STJ:

[...]

3. O poder de alterar unilateralmente o ajuste representa uma prerrogativa à disposição da Administração para concretizar o interesse público. Não se constitui em arbitrariedade nem em fonte de enriquecimento ilícito.

4. A modificação quantitativa do valor contratado (acrécimo/supressão) deve corresponder, em igual medida, à alteração das obrigações dos sujeitos da relação jurídica (Administração Pública e particular), ou seja, a variação do preço deve guardar uma relação direta de proporcionalidade com aumento/diminuição do objeto, sob pena de desequilíbrio econômico-financeiro, enriquecimento sem causa e frustração da própria licitação. (STJ, REsp. nº 666.878/RJ, 1ª Turma, rel. Min. Denise Arruda, j. em 12.06.2007, DJ de 29.06.2007)

Conforme será tratado no item sobre o equilíbrio econômico-financeiro, cada modificação efetuada em cláusulas regulamentares reclama uma medida de compatibilização entre encargos e remuneração do particular que afetam as cláusulas financeiras.

### **2.3 Rescisão unilateral**

Outra face das cláusulas exorbitantes é a possibilidade de rescisão unilateral por parte da Administração Pública. Não se trata de faculdade, por isso não se está diante de um ato discricionário (GASPARINI, 2007, p. 721; MEIRELLES, 2010, p. 260). Sempre que ocorrer um evento previsto na Lei de Licitações e Contratos Administrativos como causa para a rescisão, o Administrador deve tomar as devidas providências a fim de extinguir a relação

contratual. É possível a classificação das causas que ensejam a rescisão unilateral em dois grupos: falta contratual imputada ao contratado e em razão do interesse público (MELLO, 2007, p. 609).

A Lei nº 8.666/93 enumera de forma taxativa os casos de rescisão unilateral nos incisos I a XII e XVII do art. 78, *verbis*:

Art. 78 Constituem motivo para rescisão do contrato:

I – o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;

II – o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;

III – a lentidão de seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, serviço ou fornecimento, nos prazos estipulados;

IV – o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento;

V – a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração;

VI – a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;

VII – o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar sua execução, assim como a de seus superiores;

VIII – o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do § 1º do art. 67 desta Lei;

IX – a decretação de falência ou a instauração de insolvência civil;

X – a dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado;

XI – a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato;

XII – razões de interesse público de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato;

[...]

XVII – a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato;

Verifica-se que nos primeiros dez incisos o fato gerador da rescisão é de responsabilidade do contratado particular. Nesses casos o particular não obtém direito à indenização. Obviamente que devem ser observados os direitos à ampla defesa e contraditório. Justifica-se a medida de extinção da relação em vista do princípio da continuidade do serviço público que visa impedir a falta de funcionamento ou o funcionamento inadequado de um serviço público.

O inciso XII prevê a rescisão com base no interesse público. Ocorre quando, supervenientemente à celebração do contrato, vem a ocorrer a cessação do interesse público

objeto da relação. Gasparini (2007, p. 721) cita “a construção de um prédio escolar pelo Município, contratada pouco antes de o Estado-Membro, nas proximidades, abrir concorrência para a construção de um prédio para o mesmo fim” como exemplo de caso em que o contrato perde sua razão maior, o interesse público. É importante notar que nestes casos o interessado particular faz jus à remuneração de seus serviços prestados e das despesas efetuadas para a execução contratual. Já o inciso XVII fala em caso fortuito ou força maior que impede a execução do contrato. Neste caso, pelas próprias condições de impossibilidade de execução o contrato é extinto.

#### 2.4 Equilíbrio econômico-financeiro

Se por um lado, a Administração detém poderes que a colocam em posição de superioridade em relação ao particular contratado. Este por sua vez tem a garantia que seu lucro não será prejudicado. Tal garantia se consubstancia no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, que “é a *relação de igualdade* formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro lado, pela compensação econômica que lhe corresponderá” (MELLO, 2007, p. 621, grifo do autor). A relação de igualdade é intangível, isto é, não pode ser alterada pela Administração tampouco pelo particular. Quando a relação é alterada cumpre às partes recompor a equação econômico-financeira de modo a retornar ao nível inicialmente pactuado. Com isso, infere-se que tal relação de igualdade tem a natureza jurídica de direito adquirido, uma vez estabelecida não pode sofrer reflexos de fatos posteriores.

A proteção dada ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos tem tratamento no art. 37, inciso XXI, da CF que estabelece que nas contratações de obras, serviços, compras e alienações da Administração serão “mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei”. A exegese do dispositivo revela que manter as condições efetivas da proposta é proteger a relação entre encargos e remuneração definida no contrato. A Lei de Licitações e Contratos Administrativos dispõe sobre o equilíbrio pactuado no art. 65, especialmente na alínea “d” do inciso II, *in verbis*:

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

[...]

II – por acordo das partes:

[...]

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 área econômica extraordinária e extracontratual.

A despeito da intangibilidade da equação contratual, verifica-se que o contrato administrativo está sujeito a diversas mutações durante seu andamento. Seja pelas intempéries do mercado, seja pelo comportamento das partes. Conforme explica Di Pietro (2008, p. 261-262) “além da força maior” o equilíbrio contratual pode ser afetado por três modalidades de risco, quais sejam: álea ordinária, álea administrativa e álea extraordinária. A álea ordinária se refere ao risco considerado normal, aquele que toda atividade empresária está submetida, razão pela qual as modificações decorrentes desta álea não ensejam a possibilidade de revisão do contrato. A álea administrativa consiste na interferência na relação de igualdade oriunda de fatos imputados à Administração, seja pelo seu poder de império seja pela sua conduta como parte. Por fim, a álea extraordinária é a aplicação da teoria da imprevisão aos contratos administrativos com vistas a proteger as partes contra eventos extraordinários que repercutem na equação inicialmente pactuada.

A álea administrativa pode ser desmembrada em três espécies: a alteração unilateral, o fato do príncipe e o fato da administração. Conforme visto em item específico, a Administração poderá alterar unilateralmente somente as cláusulas regulamentares. Todavia, quando isto ocorrer deve ser seguida de revisão nas cláusulas financeiras a fim de reequilibrar a relação de igualdade. A Administração responde pelo incremento na remuneração, no entanto não há falar em perdas e danos uma vez que não se trata de falta contratual (MELLO, 2007, p. 624). Em se tratando de alteração quantitativa, deve ser avaliada a questão de economia de escala para a correta revisão da remuneração. Conforme explica Marçal Justen Filho (2010, p. 773):

Em uma economia de escala, as reduções ou o acréscimo nas quantidades podem não ser acompanhados de variações proporcionais e equivalentes nos preços. Portanto, o particular tem o direito de exigir a elevação no preço unitário quando forem reduzidas as quantidades desde que demonstre a alteração do seu preço de custo. Por igual, a Administração pode impor a redução do preço unitário quando o acréscimo reduzir o custo.

O fato do príncipe é a conduta que a Administração toma fora do âmbito da relação contratual, mas que tem efeitos indiretos sobre o pacto. Isto é, “*toda determinação estatal, positiva ou negativa, geral e imprevisível ou previsível mas de conseqüências incalculáveis, que onera extraordinariamente ou que impede a execução do contrato e obriga a Administração Pública a compensar integralmente os prejuízos suportados pelo contratante particular*” (GASPARINI, 2007, p. 686). Importa saber que para a caracterização do fato do príncipe é necessário que a autoridade que produz o ato que onera o particular deve ser a que figura na relação negocial, ou seja, quando o ato advém de um ente da federação (Município) e no contrato participa outro (Estado-Membro), não se está diante do instituto do fato do príncipe (DI PIETRO, 2008, p. 264). Quando isso acontece, o contratado pode recorrer à teoria da imprevisão que lhe trará idênticas repercussões. A Lei nº 8.666/93 traz exemplo do fato do príncipe no parágrafo 5º do art. 65, que trata dos casos de criação, alteração ou extinção de tributos após a data da formulação da proposta. A base que justifica esta responsabilidade da Administração é aquela que embasa a teoria da responsabilidade objetiva do Estado.

Quando a Administração comete falta contratual, caracteriza-se o fato da Administração. Nas palavras de Mello (2007, p. 628, grifo do autor) fato da administração é o “comportamento irregular do contratante governamental que, nesta mesma qualidade, *viola os direitos do contratado* e eventualmente lhe dificulta ou impede a execução do que estava entre eles avençado”. Daí a diferença com o fato do príncipe, enquanto neste a conduta não está inserida no contrato, naquele o ato é praticado pela Administração como parte. Em que pese o fato da administração ser aceito como fato que enseja o dever de reequilíbrio contratual, Justen Filho (2010, p.781) adverte que na verdade, o particular pode pleitear indenização pelo descumprimento da obrigação uma vez que o descumprimento não modifica a relação de igualdade entre encargos e remuneração, mas acarreta perdas e danos à parte inocente.

Muito se discutia se no contrato administrativo seria possível a arguição pelo contratado da exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*). Tal exceção é cabível no direito privado quando uma das partes se nega a cumprir suas obrigações tendo em vista o inadimplemento da outra parte. A impossibilidade nos contratos de direito público se daria em virtude do princípio da continuidade do serviço público (MEIRELLES, 2010, p. 272). Assim, o contratado deveria adimplir suas obrigações mesmo diante de fato da

administração lhe cabendo a faculdade de pleitear a devida indenização. Hodiernamente, tal entendimento foi flexibilizado com a redação do art. 78, XV da Lei nº 8.666/93 que permite ao particular suspender a execução contratual desde que os pagamentos que lhe são devidos estejam em atraso superior a 90 (noventa) dias. Portanto, a regra dita a impossibilidade mas com exceção em casos excepcionais.

A álea econômica se consubstancia nos eventos econômicos extraordinários que estão fora dos cálculos empresariais normais. Trata-se da aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* perante os contratos administrativos. Quando o cenário contratual se transforma de forma a onerar demasiadamente uma das partes, o prejudicado pode se ver liberado de suas obrigações com a justificativa de que contratara acreditando que as circunstâncias existentes no momento de celebração do contrato não se modificariam. Para tanto, há de serem verificados os pressupostos para utilização da teoria da imprevisão, quais sejam: a imprevisão de ocorrência do evento ou de suas conseqüências; a inimputabilidade do evento a uma das partes; a inevitabilidade; e por fim, a ocorrência de grande desequilíbrio contratual. Di Pietro (2008, p. 269) que a imprevisibilidade é pressuposto uma vez que se assim não fosse estaria albergado na álea ordinária, devendo o contratado arcar com os prejuízos. O evento não pode ter sido causado por uma das partes, pois quando isto ocorre ou será fato da administração ou inadimplemento por parte do particular. Caso seja evitável, haverá novamente configuração de álea ordinária. O desequilíbrio elevado quer dizer que alterações insignificantes não implicam no direito ao reequilíbrio contratual.

Exemplo recente desta ordem de evento foi a recente crise econômica de 2008, em que o estouro da bolha financeira fez-se elevar substancialmente o preço do crédito nos mercados ao redor do mundo. Com isso, os contratados que tinham crédito como insumo experimentaram uma corrosão de suas economias em virtude do aumento das taxas de juros. Um evento que a maioria dos economistas não conseguiu antever de maneira razoável<sup>4</sup>. Inevitável à medida que estava fora do controle dos contratados particulares qualquer ação que impedisse o fenômeno. Inimputável às partes contratantes. Verifica-se o desequilíbrio, especialmente naquelas contratações que envolvem um grande vulto de dinheiro e em que é necessário se recorrer a financiamentos. A elevação das taxas de juros à época fizeram jus ao que se denomina crise de liquidez. Portanto, preenchido todos requisitos pode-se considerar a

---

<sup>4</sup> Note-se que havendo divergências entre especialistas sobre a previsibilidade há de se entender o evento como imprevisível

crise financeira de 2008 como evento inserido na álea extraordinária, capaz de afetar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Razão pela qual poderia se pleitear a recomposição do valor da remuneração.

Há ainda que se considerar o caso de força maior que não se confunde com a álea econômica. Pois neste ocorre “a **impossibilidade absoluta** de dar prosseguimento ao contrato” (DI PIETRO, p. 269, grifo do autor). As conseqüências também são diversas. Os eventos de força maior liberam tanto o contratado quanto a Administração dos prejuízos contratuais. Em se tratando de álea administrativa e álea extraordinária, os prejuízos são suportados integralmente pela Administração. Isto decorre da interpretação do art. 37, XXI da CF que estatui que sejam “mantidas as condições efetivas da proposta”<sup>5</sup>.

## 2.5 Acompanhamento e sanções contratuais

A Administração Pública tem o dever de acompanhar a execução do contrato administrativo para assegurar seu fiel cumprimento, conforme o mandamento do art. 67 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Todavia, é certo que este dever decorre dos princípios que dão base à Administração, por isso ainda que inexistisse dispositivo regulamentando a matéria haveria a obrigação dos Administradores de fiscalizar o andamento da execução contratual (MEIRELLES, 2010, p. 273). Tal dever consiste nas atribuições de “*fiscalizar, orientar, interditar e intervir*, vinculadas à perfeita execução do ajuste” (GASPARINI, 2007, p. 677, grifo do autor). O controle que a Administração Pública exerce não exime o particular da responsabilidade pelo andamento do contrato. Nas situações mais graves o Administrador poderá intervir na execução, isto é, assumir o controle total do cumprimento, indenizando o particular pelos materiais que tenha utilizado.

Ao lado do acompanhamento, a Administração detém ainda o poder de impor sanções ao contratado dependendo da gravidade de sua falta contratual. As penas estão elencadas no art. 87 da Lei nº 8.666/93 da seguinte forma:

Art. 87 Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantido a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:  
I – advertência;  
II – multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

<sup>5</sup> Diferentemente ocorre no Direito Francês que se faz válido diferenciar álea administrativa da álea econômica, pois “nas primeiras, o poder público responde sozinho pela recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, enquanto nas segundas os prejuízos se repartem” (DI PIETRO, 2008, p. 262)

III – suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;  
IV – declaração de idoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

Diferentemente do que ocorre na órbita privada, a Administração pode punir o a outra parte que figura na relação contratual. A determinação da penalidade varia de acordo com a gravidade do fato imputado ao particular contratado e sempre com observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Há ainda de se garantir o direito à defesa prévia bem como a faculdade de recurso ao penalizado. Somente a multa pode ser aplicada concomitantemente com outras penas. Enquanto a advertência cabe quando ocorre faltas leves, as penas dos incisos III e IV são robustas e só devem ser aplicadas quando o ilícito praticado caracterizar crime. Neste sentido Mello (2007, p. 621) afirma:

Temos por certo que tanto a suspensão do direito de contratar quanto a declaração de inidoneidade, [...], só podem ser aplicadas no caso dos atos tipificados como crime, pois não se admitiria seu cabimento em outras hipóteses sem que exista prévia descrição legal de outros casos de seu cabimento.

Impende registrar que as sanções contratuais não obstam a penalização criminal. As sanções penais fogem aos escopo deste trabalho, motivo pelo qual as peculiaridades dos contratos administrativos apresentadas até aqui são suficientes para o desenvolvimento do tema.

### 3 ANÁLISE ECONÔMICA DOS CONTRATOS

O primeiro capítulo mostrou a estreita relação entre contratos e economia. Não obstante, a importância do instituto permaneceu renegada durante um longo período pelas ciências econômicas. Somente a partir dos trabalhos de Ronald H. Coase, professor da Universidade de Chicago, a área do direito contratual passou a ser alvo constante de debates permeados pela análise econômica. Isto se deu em virtude de o surgimento de uma corrente de estudo denominada *Law & Economics*.

#### 3.1 O movimento *Law & Economics*

Adam Smith e Jeremy Bentham foram os primeiros autores a influenciarem o estudo de acontecimentos sociais sob a visão conjunta das ciências jurídicas e econômicas. Em sua obra *Riqueza das Nações*, Smith criticou a intervenção do Estado na economia, que ocorre por meio de uma estrutura jurídica, em razão de entender que o melhor regulador da economia é o próprio mercado (RIBEIRO, JUNIOR, 2009, p. 54). A famosa “mão invisível do mercado” faria com que todos os interesses individuais colimassem o interesse coletivo. Para Bentham, em sua ótica utilitarista, o homem procura maximizar sua felicidade simplesmente buscando prazer e evitando a dor, dois sentimentos que são influenciados pela legislação (RIBEIRO, JUNIOR, 2009, p. 55). Portanto, a tarefa do legislador seria proporcionar o maior bem-estar possível aos indivíduos da sociedade. Nesta fase, que teve início no século XVIII, a análise econômica do direito encontrava-se em processo de gestação.

Mas foi com os trabalhos de Ronald H. Coase, *The nature of the firm* (1937) e, especialmente, *The problem of social cost* (1960) que se fundou o movimento hoje conhecido como *Law & Economics*. No primeiro artigo, Coase tratou da existência de firmas como uma organização que tem por fito minimizar os *custos de transação* mediante a realização de contratos dentro de uma empresa. Conforme explicam Marcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Junior (2009, p. 58):

[...] as empresas só têm utilidade porque os agentes consideram que realizar o máximo de operações dentro de uma mesma organização econômica evita

a ocorrência de acréscimos desnecessários – por exemplo, custos de elaboração e cumprimento de contratos entre sujeitos estranhos entre si.

Importante saber que o autor inova quando admite a existência de custos de transação, os quais foram ignorados pelos economistas neoclássicos. No segundo artigo, Coase retoma a idéia de custos de transação para analisar questões de responsabilidade civil. Afirma que inexistindo os custos aludidos, basta que haja o delineamento dos direitos de propriedade – atribuindo a qualquer uma das partes tais direitos - para que em uma situação litigiosa na qual alguém exerce uma atividade prejudicial a outrem, as próprias partes realizem uma transação que solucionará o problema de forma eficiente. Já quando se leva em conta os custos de transação, o sistema jurídico passa a ter a função de alocar os direitos nas mãos daquele que mais valoriza o bem da vida, a fim de reduzir o número de transações e, conseqüentemente, o montante de custos de transação (PIMENTA, BOGLIONE, 2008, p.68).

Em *The problem of social cost*, o professor da Universidade de Chicago elaborou um estudo para fundamentar as decisões jurídicas com base no critério de eficiência. Ou seja, se utilizou de ferramenta típica das ciências econômicas para dar norte aos operadores do direito no processo de hermenêutica jurídica. Naquele momento se fundava o movimento *Law & Economics*, corrente doutrinária que se vale da instrumentária econômica para avaliar, analisar e orientar as normas jurídicas.

“*Law and Economics*, contudo, não é um movimento coeso” (ROSA, LINHARES, 2009, p. 55). Everton das Neves Gonçalves e Joana Stelzer (2007, p.5) enumeram quatro vertentes no movimento: a Escola de Chicago; a Nova Economia Institucional; a *Public Choice*; e os Estudos da Crítica Jurídica. Salienta-se que as divergências se dão no enfoque de cada escola, mas todas têm em comum a utilização da metodologia econômica como forma de estudar o direito.

A Escola de Chicago, que teve como grande expoente o juiz Richard Posner, se caracteriza por aplicar os métodos da microeconomia para a análise do direito. O foco se dá nas decisões judiciais que devem garantir um resultado eficiente para as partes litigantes. Posner foi quem abriu o campo da análise econômica para todas as áreas do direito (inclusive o direito de família). O que antes se voltava apenas para o Direito da Concorrência tornou-se aplicável a todo o ordenamento jurídico (ROSA, LINHARES, 2009, p. 56).

Para a Nova Economia Institucional, um país somente consegue crescer quando há instituições de qualidade na economia. Nas palavras de Maria Paula Bertan (2009, p. 54) “A Nova Economia Institucional, [...], tem como premissa fundante a percepção de que as instituições são elementos determinantes da estrutura econômica, implicando seu bom ou mau desempenho”. Esta vertente trata mais aprofundadamente dos custos de transação, tendo em mira que o papel das instituições é a redução de tais custos (PIMENTA, BOGLIONE, p. 69).

A Escola da Escolha Pública (*Public Choice*), tem sua atenção voltada para as ações governamentais. Busca a maximização do bem-estar social por meio da alocação ótima de bens públicos. Trata de questões ambientais, de saúde pública, educação dentre outras. Está ligada também às ciências políticas.

A última vertente se trata de crítica dos modelos jurídicos baseado no pensamento Marxista. Ensina Gonçalves e Estelzer:

Quanto aos Estudos da Crítica Jurídica, trata-se de movimento acadêmico surgido em fins da década de setenta, destacando-se, como posicionamentos característicos desta Escola, o ataque a todo tipo de formalismos e a retomada das idéias Marxistas dentro da perspectiva utópico-teorética. Já, aqui, verifica-se a crítica ao Direito que passa a ser visto como instrumento de dominação social, econômica e política, justificador da prática de dominação dos poderosos que se legitimam em ideário jurídico criado para submeter a vontade dos indivíduos.

Conforme afirmado, embora as Escolas tenham enfoques diferentes o movimento permanece unido em sua metodologia: a utilização da análise econômica no Direito. Assim, a atuação do movimento tem como base as premissas econômicas de que o homem age de forma racional<sup>6</sup> e que responde a incentivos. A racionalidade dos agentes será explicada mais adiante no item sobre a teoria econômica do contrato. A outra premissa se refere ao fato de os agentes agirem condicionados a algum incentivo, especialmente o sistema de preços. O Direito, como indutor da conduta humana, funciona como um sistema de preços,

---

<sup>6</sup> Ao contrário do que alguns podem imaginar, agir de forma racional não quer dizer que uma pessoa tenha que decidir sem levar em conta suas emoções. Uma pessoa pode entender que passar um final de semana com a família é mais valioso que ter que trabalhar, mesmo que o trabalho lhe renda em um único final de semana R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais). Neste caso o sujeito age de forma racional, pois o valor da utilidade de passar sábado e domingo com sua esposa e filhos é maior que o valor da renda que lhe foi oferecida.

estabelecendo os custos (sanções, tributos etc.) e os benefícios (isenção fiscal, direitos de propriedade etc.).

“A análise econômica se divide em duas grandes abordagens: uma positiva e outra normativa” (PINHEIRO, SADDI, 2005, p. 88). A Economia Positiva tem como escopo a mensuração de fenômenos econômicos; trata-se na maioria das vezes de avaliação de causa e efeito. Pode-se exemplificar com a relação entre inflação e taxa de juros: quanto maior a taxa de juros menor será a inflação. Note-se que inexistente qualquer juízo de valor, sob premissa de *coeteris paribus*, uma coisa leva a outra inexoravelmente. A Economia Normativa trata das opiniões a respeito de um tema. Não há verdade absoluta, apenas argumentos que podem ser aceitos ou refutados de acordo com sua receptividade pelos críticos. Lembrando o exemplo da relação entre taxa de juros e inflação: alguns economistas defendem uma taxa de juros menor tendo em vista que se preocupam mais com o nível de emprego do que com o problema da inflação.

Para o Direito, a diferença se dá da seguinte forma. A Economia Positiva mensura os efeitos de uma norma ou de uma decisão judicial. O Direito visto como indutor de conduta tem repercussão direta no comportamento dos agentes. E é isto que é estudado, as conseqüências de um ato ou fato jurídico. Já a Economia Normativa atua de forma a indicar qual a melhor maneira de se elaborar uma norma, ou qual a decisão judicial mais adequada. Esta abordagem se pauta em larga escala no que se entende por eficiência (PINHEIRO, SADDI, 2005, p. 88).

Aspecto fundamental de toda análise econômica do direito é a eficiência. O termo eficiência em um sentido usual é entendido como qualidade de produção de efeitos a partir de uma quantidade mínima de perdas ou recursos. Para os economistas, o termo ganha substância teórica com Vilfredo Pareto que estabelece um método pelo qual se pode definir o que é uma situação eficiente. Norte de toda análise econômica, o instituto merece atenção especial, por isso, analisa-se em item específico.

### 3.1.1 Eficiência

Os economistas criaram um conceito próprio de eficiência, em qual suas análises se baseiam para alcançar uma situação que maximize o bem-estar para os agentes. Para a análise econômica do direito o critério eficiência se consubstancia num referencial para

a estruturação do ordenamento jurídico e para as decisões judiciais. Assim, segundo o movimento *Law & Economics*, os juristas - por meio da legislação ou da jurisprudência - devem buscar soluções que se mostrem eficientes. Posner trata da eficiência como um conceito muito próximo de justiça que funciona como guia para as decisões judiciais.

Corroborando a idéia de Posner, Vincenzo Florenzano (*apud* MILAGRES, 2006, p.14) expõe o seguinte pensamento acerca da relação entre eficiência, justiça e o Direito:

A idéia é que o Direito, como ideal de justiça distributiva que busca dar a cada um o que é seu, pode e deve pautar-se por esses mesmos critérios de eficiência, pois aqui também se trata da distribuição e da alocação de bens escassos. Ao maximizar benefícios e minimizar custos (eficiência), consegue-se a maximização da riqueza que, por sua vez, pode ajudar na maximização do bem-estar social que é o fim para qual a Economia está voltada como é também o fim para qual o Direito está voltado. Afinal, mais é melhor do que menos se o problema é dar a cada um o que lhe é devido. Ou seja, se houver mais (maior riqueza), haverá mais a dar a cada um.

A eficiência econômica pode ser definida de duas maneiras: no sentido de Pareto e no sentido de Kaldor-Hicks. Vilfredo Pareto elaborou um método em que, basicamente, considera-se uma solução ótima aquela em que nenhuma das partes possa melhorar sem prejudicar outra. Já para Nicholas Kaldor e Sir John R. Hicks o que deve ser levado em consideração é o montante de riqueza (ou bem-estar) produzido, mesmo que uma parte saia inicialmente prejudicada.

A eficiência no sentido de Pareto visa o incremento de bem-estar para pelo menos uma das partes envolvidas em uma relação. Toda vez que duas pessoas transacionam e ainda resta a possibilidade de se melhorar a situação de um indivíduo sem prejuízos a outro, a relação pode ser passível de uma “melhoria de Pareto”. Com isso, qualquer situação que não configure um “Ótimo de Pareto” torna-se instável haja vista que um dos agentes irá pressionar o outro para que ocorra uma realocação dos recursos, e o agente pressionado não tem incentivos para negligenciar tal pedido.

Podemos ilustrar o caso de uma melhoria de Pareto com um exemplo recorrente na Economia: o caso de uma empresa monopolista. Na presença dessa falha de mercado, o preço cobrado não será aquele em que a curva de oferta encontra a curva de demanda. O preço será mais alto tendo em vista que o monopolista tem o condão de

estabelecer o valor de seu produto no mercado<sup>7</sup>, que será fixado no ponto da curva de demanda refletido quando a receita de um produto adicional (receita marginal) se iguala ao custo de um produto adicional (custo marginal). Entretanto, alguns consumidores estariam interessados na compra do produto se fosse vendido a um preço menor. Já o monopolista em nada perderia oferecendo produtos adicionais ao preço do custo marginal dessas novas mercadorias. Assim uma melhoria de Pareto seria possível com a implementação de uma estratégia de discriminação de preços.

Entretanto, adverte Sztajn que a ferramenta elaborada por Pareto sofreu críticas “porque depende da alocação inicial de riqueza e não induz as pessoas a revelarem suas preferências qualitativas” (2005a, p. 76). Ribeiro e Junior (2009, p. 87) lembram que um Ótimo de Pareto não leva necessariamente a uma situação “boa, justa ou correta”. Isto porque se uma pessoa “A” concentra toda a riqueza do país em sua propriedade, não será possível melhorar a condição de número elevado de pessoas sem prejudicar “A”. Como as circunstâncias não são passíveis de uma melhoria de Pareto, então o caso, a despeito da injustiça, encontra-se eficiente no sentido de Pareto.

Com efeito, uma nova metodologia passa a ser estudada: a eficiência de Kaldor-Hicks. De acordo com este critério, um agente pode praticar uma ação que prejudique outrem sempre que os benefícios oriundos de tal ato superem os prejuízos causados à vítima. Busca-se a maximização de riqueza, do bem-estar social e não de um agente visto individualmente. O conceito tem base no fato de que quando a condição - benefício maior que prejuízo - ocorre, o prejudicado pode ser reembolsado e ainda haverá excedente, de forma que se pode dizer que houve maximização da riqueza.

A eficiência de Kaldor-Hicks foi utilizada para embasar o artigo *The Problem of social cost*, em que Coase demonstrou que as partes poderiam negociar seus direitos de propriedade para encontrar uma solução ótima, sem a necessidade de uma intervenção judicial (sob a premissa de inexistência de custos de transação). Este modelo de eficiência pode ser esclarecido pelo seguinte raciocínio: uma indústria que causa poluição a um rio prejudica os pescadores uma vez que acarreta a morte dos peixes. Uma medida judicial poderia determinar a interdição da indústria. No entanto, essa medida seria indesejável

---

<sup>7</sup> Diferentemente ocorre em um mercado de concorrência perfeita em que tanto os consumidores quanto os produtores são tomadores de preços. Isto é, ambas as classes não têm poder de interferência no preço dos produtos tendo em vista que representam uma parcela mínima do mercado.

quando o produto da indústria superasse os ganhos dos pescadores. Supondo que a indústria produzisse mil reais e os pescadores conseguissem no máximo quinhentos reais com a venda de peixes, os donos da indústria poderiam oferecer qualquer valor entre quinhentos e mil reais para que tanto pescadores quanto industriais saíssem ganhando<sup>8</sup> (COASE, 2008, p. 2).

Percebe-se que os critérios de eficiência podem ter grande aplicação no Direito. No nosso ordenamento, a função social da propriedade reflete bem o que se entende por eficiência. Aquela propriedade que se mostra improdutiva torna-se passível de expropriação para permitir que um novo proprietário a utilize de forma adequada, maximizando a riqueza na sociedade. No entanto, há ainda um grande campo a ser desbravado pela análise econômica do Direito no ordenamento jurídico brasileiro. O desenvolvimento no Brasil do movimento *Law & Economics* ainda é tímido, mas já existe alguns trabalhos que estão mudando esta situação. Espera-se que em um futuro breve a metodologia econômica seja instrumento recorrente dos juristas brasileiros.

A área contratual vem sofrendo profunda discussão pelo movimento, mormente quando se trata de contratos empresariais. O que não afasta a importância de se analisar outros contratos, como o contrato administrativo. Tal contrato, a despeito de não ter como intuito principal a obtenção de vantagens financeiras, envolve recursos públicos, razão pela qual o desperdício, ou na linguagem econômica a ineficiência, é de todo modo condenável. A par da importância de seu estudo, passa-se a tratar da teoria econômica do contrato.

## **3.2 Teoria econômica do contrato**

### *3.2.1 Motivações econômicas para contratar*

Um contrato pressupõe que as partes se submetam às obrigações pactuadas. O que leva ao seguinte questionamento: por que os sujeitos restringem sua liberdade e se comprometem a seguir um determinado comportamento? A resposta pode ser encontrada com base na eficiência econômica. O instrumento contratual é o meio pelo qual os agentes transformam um jogo não-cooperativo em um jogo cooperativo de forma a atingir o resultado mais benéfico para os contratantes.

---

<sup>8</sup> Note que o contrário também poderia ocorrer, se a receita dos pescadores fosse maior que o produto da indústria, os pescadores poderiam pagar um valor menor que suas receitas e maior que o produto da indústria para que esta parasse de funcionar.

Para entender melhor o que foi dito, faz-se necessário visualizar o contrato como o instituto que torna o acordo válido perante o sistema jurídico. Por consequência, desde que obedecido todos os requisitos formais e materiais, o acordo encontra-se amparado por tal sistema, o que faz com que as obrigações assumidas sejam exigíveis mesmo com a desistência *ex post* de uma das partes. Visto por esse ângulo, o Direito exerce o papel de redutor de riscos entre os contratantes. Nos contratos de execução diferida e continuada há sempre o risco de descumprimento das obrigações por uma das partes, o que deixa os agentes receosos em contratar com a presença do elemento “longo-prazo”. Quando os efeitos do descumprimento podem ser contornados pela ordem jurídica, os investimentos se tornam mais seguros.

Uma situação simples - em que se abstraem as complexidades do mundo real, tais como: questões reputacionais, sanções informais, perdas em negócios futuros etc. - pode ajudar a compreender esta questão. Quando um consumidor faz o pagamento antecipado de uma mercadoria, o vendedor tem incentivos para fugir com o dinheiro que lhe fora entregue. Isto porque lucrará o valor pago sem incorrer em qualquer custo da mercadoria. Nesse caso, se não houver salvaguarda em benefício do consumidor, este agente agindo racionalmente não realizará a transação. Quando se realiza um contrato válido, o descumprimento será sancionado de forma a acarretar prejuízos ao vendedor, que terá incentivos maiores para cumprir o acordo. E a melhor alternativa que antes era a fuga com o dinheiro, passa a ser o adimplemento da obrigação.

Por isso, Benjamim E. Hermalin, Avery W. Katz e Richard Craswell (2006, p. 2, tradução nossa) afirmam que a “principal razão para se contratar é a coordenação de ações independentes em situações de múltiplos equilíbrios”. No caso exposto acima, dois equilíbrios eram possíveis. Agindo independentemente, os agentes não contratariam uma vez que o melhor para cada um seria não cumprir o acordo. Agindo de forma coordenada, tal opção pode ser evitada e o acordo seria realizado com maiores proveitos para os dois agentes.

Deste modo, verifica-se que o sistema jurídico pode viabilizar a transação que gera os maiores benefícios para os contratantes. Note-se que em caso de a transação restar frustrada, ambas as partes perderiam uma chance de lucrar. O consumidor ao não conseguir a mercadoria que tanto deseja. E o vendedor perderia o lucro da venda do produto. Portanto, conforme assinala o professor português Fernando Araújo (2007, p. 87): “o Direito tem a

virtualidade de promover as transacções eficientes, convertendo um jogo não-cooperativo num jogo cooperativo, por simples alteração dos quadros de incentivos disponíveis para as partes”.

A capacidade de o sistema jurídico permitir os contratos eficientes encontra-se em grande parte embasada no poder de coerção do Estado. A importância do Direito na redução dos custos de transação é, portanto, proporcional a sua capacidade de garantir o cumprimento dos acordos. A identificação da responsabilidade do inadimplente e a fixação do montante indenizável, de igual modo, é um dos temas com que se preocupa a teoria econômica dos contratos.

### *3.2.2 Responsabilidade por inadimplemento*

Para a teoria econômica do contrato, a responsabilidade deve ser analisada em consonância com os critérios de eficiência. O intuito maior não é a recriminação social em virtude de uma quebra de promessa, pelo descumprimento de um acordo. Por vezes, o inadimplemento será visto como solução ideal para o desfecho do contrato. Isto é, quando o cumprimento for ineficiente então será desejável que o acordo não seja cumprido. No entanto, isto não quer dizer que a parte inadimplente deva ser liberada do ônus de indenização ao outro agente. Cabe a teoria econômica do contrato responder quando o descumprimento será visto como a alternativa mais eficiente bem como qual o montante de indenização ideal para os agentes prejudicados.

À luz do critério de eficiência o adimplemento contratual será desejável somente quando as perdas acarretadas pelo possível descumprimento forem maiores que os benefícios agregados por tal atitude. De outro lado, o descumprimento será eficiente e, por isso, desejável, quando os ganhos da parte inadimplente forem maiores que as perdas da parte que esperava ver o contrato cumprido (COOTER, ULEN, 2000, p. 188-189). Para Pinheiro e Saddi (2005, p. 132-133) “quanto maior o benefício agregado que se obtém quando as partes honram o contrato, mais se deve desencorajar a inadimplência. Em oposição, quanto menor o excedente adicional gerado pela inadimplência, menor a importância de o contrato ser respeitado”.

Quando o descumprimento é a alternativa mais apropriada ainda resta a tarefa de estipular o montante de indenização que deve ser desembolsado pelo inadimplente.

Os benefícios gerados pela quebra da promessa contratual, normalmente, se revertem em sua totalidade em favor do devedor. Com isso, uma regra que satisfaz tanto as condições de eficiência como de equidade é aquela que fixa o valor da indenização igual a perda do credor da obrigação (PINHEIRO, SADDI, 2005, p. 134). A respeito do tema Araújo (2007, p. 97-98) aduz o seguinte pensamento:

A conclusão que de imediato parece impor-se é a de que, para se incentivar sempre o cumprimento e o incumprimento eficientes, bastará fixar-se o valor da indenização por incumprimento com base no cálculo de “excedente de bem-estar”, que do cumprimento, resultaria para o credor, a contraparte “inocente”. A ser assim, o cumprimento e o incumprimento eficientes seriam sempre assegurados por um cálculo de indenização que se limitasse a assegurar a “internalização” dos custos imediatos do incumprimento para ambas as partes no contrato.

Em síntese, o estabelecimento da indenização com base no valor que o credor teria angariado com o cumprimento do contrato - ou nas palavras do autor português, com base no “excedente de bem-estar”- incentivaria o desfecho eficiente do contrato, seja em favor do adimplemento, seja em favor do inadimplemento. O que de forma reflexa também permite a distribuição dos benefícios em caso de inadimplemento, pois a parte “inocente” receberia o mesmo montante que teria auferido caso o acordo fosse cumprido.

Uma questão que vem à tona é o que a literatura sobre *Law & Economics* denomina como *reliance*<sup>9</sup>. O termo é utilizado para denotar uma alteração na condição do credor ocasionada pela esperança de cumprimento do acordo contratual, em que o valor de sua execução se eleva em razão de fatores externos, porém ligados ao pacto (COOTER; ULEN, p. 194). São os investimentos que o credor efetua confiando no adimplemento do contrato. Um exemplo é o caso de um turista que reserva hotel na cidade que deseja viajar, compra diversos equipamentos tipicamente de turismo porque confia que o contrato que fez com a companhia aérea, que tem como objeto o transporte do agente até a cidade que visa conhecer, será de fato cumprido. Estes custos em que o turista incorreu devem entrar no cálculo do valor da indenização uma vez que não se concretize o objeto do contrato.

*Reliance* tem o papel de aumentar o incentivo de uma das partes a ver o acordo cumprido, por isso é desejável à medida que pode tornar o contrato mais eficiente. No entanto, há casos em que o nível de gastos externos ao contrato é desproporcional à sua

---

<sup>9</sup> Traduzido como “resiliência” por Pinheiro e Saddi (2005, p. 135)

probabilidade de execução. Assim, uma segunda regra é estabelecida para incentivar o nível ótimo de *reliance*:

[...] a “confiança eficiente” será aquela que se verifica quando os ganhos esperados ultrapassam as perdas esperadas – seja pelo facto de o adicional de bem-estar proporcionado pela confiança ser muito elevado por comparação com o estado de confiança, seja pelo facto de o cumprimento da contraparte ser mais provável que o incumprimento. (ARAÚJO, p. 112)

Portanto, a regra que permite o melhor nível de confiança reza que o valor da elevação dos ganhos gerados pelos investimentos multiplicado pela probabilidade de cumprimento do contrato sejam maiores que os custos causados pelo *reliance* multiplicado pela probabilidade de descumprimento contratual (COOTER, ULEN, 2000, p. 194). O que evita o comportamento desarrazoado de o agente investir valores desproporcionais ao valor do contrato em circunstância de baixa probabilidade de cumprimento. Esta regra deve ser seguida tanto pelas partes quanto pelos tribunais no exame do caso concreto. As partes podem evitar perdas em seus investimentos, enquanto os tribunais devem coibir a confiança em excesso ou o comportamento oportunista de um contratante. Confiança em excesso é a imprudência na realização de investimentos externos ao contrato, mas que dependem de sua execução para gerar os devidos ganhos. O comportamento oportunista é a má-fé de um agente que busca aumentar o valor do contrato efetuando outros gastos quando sabe que a probabilidade de descumprimento é alta, e a indenização – se levar em conta o valor do *reliance* - será bem superior a um valor considerado normal para o contrato.

Tendo em mente os conceitos básicos acerca da teoria econômica dos contratos, agora é possível tratar o tema dos contratos incompletos. A natureza incompleta dos contratos é um dos temas mais discutidos pelas diversas vertentes da *Law & Economics*. Assim, é forçoso analisar tais aspectos contratuais de forma mais minuciosa.

### 3.2.3 *Incompletude Contratual*

Para facilitar a compreensão da natureza daquilo que se entende por incompletude contratual, antes é preciso abordar os motivos que a determinam. Deste modo, antes de apresentar o significado de contrato incompleto serão trabalhadas as idéias de racionalidade limitada e custos de transação envolvidos na estipulação esmiuçada dos termos contratuais. Pois são tais razões que Zylbersztajn e Sztajn (2005; p. 109) bem como Masten (1999, p. 29) apontam como fatos geradores da imperfeição contratual.

Em se tratando de racionalidade limitada há que se mencionar, em contraposição, o modelo neoclássico de contrato perante as Ciências Econômicas, onde os agentes eram vistos como possuidores de uma capacidade racional perfeita, isto é, detentores de racionalidade ilimitada. A idéia de racionalidade ilimitada foi desenvolvida no modelo de *Arrow and Debreu* (MASTEN, 1999, p. 27), pelo qual os indivíduos eram capazes de processar todas as informações que lhe eram fornecidas de forma a otimizar suas relações contratuais por meio de um instrumento em que todas as situações futuras estariam previamente estipuladas bem como a solução para os possíveis problemas decorrentes de quaisquer desses eventos. Tal modelo, no entanto, não se mostrou idôneo para explicar grande parte dos fenômenos contratuais. Isto porque, em um mundo real os indivíduos não têm esta aptidão racional capaz de obter um desenho contratual perfeito incluindo todos os fatos capazes de influir na execução do acordo. Coase foi um dos críticos ferrenhos do modelo neoclássico. Segundo Pimenta e Bogleione (2008, p. 68):

Ainda em seu discurso na Academia sueca, Ronald Coase afirmou ter de ser uma preocupação constante dos economistas o mundo como ele é, e não como, para alguns teóricos, deveria ser. Para os neoclássicos, afirma o insigne economista, a economia é uma caixa preta, irreal. Percebendo que a Teoria Neoclássica, portanto, seria pouco útil para se estudar aspectos da atividade econômica, Coase desenvolveu sua teoria, afirmando que, persistindo o ideário clássico, teríamos consumidores sem humanidade, empresas sem organização e trocas sem mercado.

Por conseguinte, passou-se a adotar a premissa de que as pessoas agem com racionalidade, porém dentro de um determinado limite. É fácil perceber que muitas vezes o ser humano não processa as informações disponíveis de forma a maximizar seus ganhos. Para elucidar casos em que os indivíduos agem com racionalidade limitada, Araújo (2007, p. 100) aduz como exemplo um jogo proposto para um grupo de pessoas nos seguintes termos:

- Suponha-se que se propõe a cada pessoa, dentro de um grupo, que se escolha um número entre 0 e 100 que corresponda a  $\frac{2}{3}$  da média da escolha de todos os outros, atribuindo-se um prêmio à pessoa (ou pessoas) que acertar esse número.
- Se toda a gente usasse de uma racionalidade impecável e ilimitada, todos escolheriam zero ( $\frac{2}{3}$  de zero é ainda zero); se todos escolhessem o zero, todos ganhariam o prêmio nesse “equilíbrio de Nash”, do qual ninguém teria um incentivo para se desviar.
- Acontece, porém, que muita gente escolhe números superiores ao zero, seja por irracionalidade, seja por não perceber bem a estrutura do jogo, seja por imaginar a possibilidade de aumento de probabilidade através de um desvio da “estratégia dominante”
- Nesse caso – e é aqui que o problema ganha uma enorme complexidade –, o que deve uma pessoa racional fazer? O que é que a *racionalidade* ditará?

- Escolher o zero como se ainda existisse um equilíbrio de Nash, o que no caso não lhe garantirá a vitória no jogo (pelo contrário garantir-lhe-á a perda)?
- Escolher um número superior a zero assente numa percepção da distribuição de racionalidade limitada entre os demais jogadores (fugir do próprio equilíbrio de Nash)?
- Vê-se como o problema pode ser complicado, intratável até, fugindo a qualquer solução directa e esquemática, como as que associaríamos a uma versão pouco sofisticada da “Teoria dos Jogos”.

Neste ponto, já se pode entender porque os contratos são incompletos. Uma vez que se refuta a idêia neoclássica de que o instrumento contratual pode ser desenhado de maneira a conter todos os possíveis eventos, então parte do acordo ficará desguardado em relação aos fenômenos tidos como imprevisíveis.

A segundo razão apontada como causa para a incompletude dos contratos se refere aos custos de transação que emergem com o detalhamento exacerbado do pacto. Todo contrato em que a execução se prolonga no tempo está sujeito a um número elevado de variáveis que podem prejudicar seu desempenho. Ainda que os agentes possuíssem racionalidade ilimitada, seria custoso identificar todas essas variáveis para incluí-las no instrumento contratual. Steven Shavell (2003, p. 13-14) enumera quatro situações em que se pode identificar a presença de custos de transação que inviabilizam a completude do instrumento contratual. Na primeira situação, a incompletude decorre do fato de que a probabilidade de certo evento vir a ocorrer é mínima. O custo de debater algum termo no pacto para se resguardar contra tal evento é alto em relação aos ganhos esperados com tal cláusula. Outrossim, se o evento tem média ou alta probabilidade de se suceder, mas seus reflexos são diminutos na execução do contrato, então não haverá ganhos de eficiência em se consignar precauções contra tal fato.

As duas outras situações estão relacionadas a custos perante os tribunais. É cediço que em muitos litígios a parte que detém o direito acaba perdendo a demanda por não ter como provar o que alega. Assim, também não é desejável enxertar cláusulas que necessitem de provas robustas e custosas. E há casos em que a variável de que trata determinado dispositivo contratual é simplesmente impossível de ser verificado pelo judiciário. Como exemplo, cláusulas em que uma parte fica obrigada a envidar seus melhores esforços. A caracterização do que seria os melhores esforços da parte é, na maioria das vezes, indecifrável pelo magistrado. Somente em casos flagrantes poderia o judiciário determinar a responsabilidade da parte obrigada.

Por essas razões, “Contratos de duração ou de *duratta* como são designados pela doutrina italiana, segundo os economistas, serão sempre incompletos em virtude da dificuldade de distribuir riscos e perdas entre partes antecipadamente, segundo mudanças do estado de natureza” (SZTAJN, 2005b, p. 9). Deste modo pode se definir contrato incompleto como aquele em que os termos estabelecidos no instrumento contratual deixam ganhos irrealizados a serem efetivados *ex post*, ante a informação disponível para as partes e tribunais ao tempo de sua execução (MASTEN, 1999, p. 29). Percebe-se que todo contrato de execução diferida ou continuada tem uma parcela de incompletude, que pode ser benéfica para as partes desde que em um momento futuro venham a realizar negociação que ao tempo da elaboração do contrato era impossível.

Com essa constatação, algumas teorias foram desenvolvidas a fim de oferecer uma explicação sobre como lidar com a natureza incompleta dos contratos. Segundo Zylbersztajn e Sztajn (2005, p. 109) “a teoria de agência considera a ação oportunística dos agentes e pressupõe a possibilidade de desenhar contratos eficientes considerando a alocação eficiente do risco e dos incentivos no desenho do contrato”. Ação oportunística é a conduta do agente que se aproveita da relação contratual para maximizar seu bem-estar em detrimento dos ganhos totais do acordo, ou seja, o ganho do agente oportunista é menor que a perda do outro contratante. A teoria de agência acredita que uma distribuição correta de riscos e incentivos evita o comportamento oportunista e, conseqüentemente, otimiza a relação contratual.<sup>10</sup>

Para outra teoria, a eficiência de um acordo está ligada ao poder de decisão das partes quando já iniciada sua execução. Isto pode ser entendido por uma lógica simples. Cada decisão que influi na relação contratual tem seus reflexos sobre o bem-estar das partes contratantes. Logo, para gerar o maior benefício possível há que se alocar o poder de decisão nas mãos do agente que tem seu bem-estar afetado de forma mais significativa. Como em um acordo os interesses são múltiplos e as decisões influem de maneira distinta os contratantes, então pode haver a repartição do poder de decisão pós-contratual entre as partes. No próximo capítulo será visto como o contrato administrativo acaba adotando os preceitos desta teoria.

---

<sup>10</sup> Um caso em que a teoria de agência tem tido grande aplicação é o dos contratos de franquia. Pinheiro (2005) trata do caso à luz da teoria dos jogos para demonstrar como a alocação de risco e incentivos pode ajudar a incrementar os ganhos da relação contratual.

De acordo com a teoria dos contratos relacionais, há de haver um constante processo de negociação durante a execução do contrato. Tem-se que o detalhamento do contrato é mais oneroso que tal processo de negociação constante. Essa vertente dá atenção especial aos mecanismos de salvaguardas tanto jurídicas quanto informais, como as questões reputacionais, conforme visto no capítulo primeiro. Pinheiro e Saddi (2005, p. 119) apontam os contratos bancários como exemplo de aplicação da teoria dos contratos relacionais:

Tome-se, por exemplo, uma relação bancária entre uma instituição e um cliente. Quando um cliente assina um contrato de abertura de conta-corrente (nos termos da Resolução CMN 2.025), ele está, na verdade, se comprometendo com muito mais do que depositar e sacar certos montantes; há entre eles uma relação de fidúcia, de confiança. Essa relação vai muito além do simples contrato (irregular) de depósito; implica outros serviços (por exemplo, sustar ordens de pagamento, obter um dado financiamento etc.) que não estão necessariamente descritos e estabelecidos naquele instrumento de abertura de conta-corrente, nem irão deslanchar-se no primeiro instante.

Por fim, a teoria desenvolvida pela Escola de Chicago afirma que os tribunais são capazes de preencher as lacunas contratuais de forma a otimizar os ganhos da relação. Por isso, aqui não há preocupação com o desenho dos contratos uma vez que é tarefa do magistrado tornar no caso concreto a relação mais eficiente. Com isso, o problema da incompletude contratual seria solucionado pelos tribunais.

De acordo com Pinheiro e Saddi (2005, p. 118-119) o ordenamento jurídico pátrio adotou como solução para a questão da incompletude contratual basicamente três institutos<sup>11</sup>: a teoria da imprevisão, a onerosidade excessiva e a lesão grave. No entanto, o autor apresenta crítica a tais mecanismos uma vez que não resolvem os problemas de custos de transação. Tais institutos não excluem os custos relacionados à negociação e muitas vezes acabam sendo levados ao judiciário que também representa um custo elevado para a relação contratual. Esta crítica é uma das razões bases deste trabalho, de modo que uma análise mais acurada será realizada no próximo capítulo a fim de se identificar de qual forma se relaciona com o contrato administrativo.

Este capítulo mostra que as relações entre Direito e Economia são ainda mais evidentes e necessárias quando se trata do instituto contratual. Por isso, a análise

---

<sup>11</sup> Os autores alertam para o fato de tais institutos pertencerem ao ramo do Direito Civil. No entanto, sabe-se que tais normas acabam se aplicando com intensidade maior ou menor em todos os contratos, sejam regidos pelo código civil ou não.

econômica do direito vem se debruçando cada vez mais sobre os acordos, tanto entre particulares quanto aqueles firmados sob o regime jurídico-administrativo. Especial atenção deve ser dada à teoria dos contratos incompletos, em que o estudo do direito resta indissociável da teoria econômica. Assim, nas palavras de Cateb e Gallo (2007, p. 3): “A teoria da incompletude dos contratos enseja, portanto, a aplicação de preceitos da economia ao direito, sendo mister o estudo de custos de transação e a análise das características dos diversos tipos de relacionamentos entre os agentes econômicos”. Este é o intuito deste trabalho, que até aqui apresentou as ferramentas necessárias para a discussão do próximo capítulo, o qual se passa a analisar.

## 4 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS À LUZ DA EFICIÊNCIA

### 4.1 Princípio da eficiência administrativa

O princípio da eficiência foi inserido na Carta Magna com o advento da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998. A partir de então, a Administração Pública passou a ter de respeitar o critério de eficiência como um preceito constitucional. Isto demonstra a relevância que foi dada a tal princípio. Se antes, era algo que deveria ser aplicado por estar correlato a outros deveres impostos aos agentes públicos, como ao princípio da moralidade, após a emenda, tal dever restou expressamente consignado na nova redação do art. 37, *caput*, da Constituição Federal, que espanca qualquer tentativa daqueles que refutavam em se pautar na eficiência para a gerência do interesse público, sob a alegação de falta de previsão legal.

Também conhecido como o “dever da boa administração”, o conteúdo do princípio da eficiência é definido por Alexandre de Moraes (2006, p. 302) como:

(...) aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos.

No mesmo sentido, Gasparini (2007, p. 21) conceitua como aquele que “impõe à Administração Pública direta e indireta a obrigação de realizar suas atribuições com *rapidez, perfeição e rendimento*, além, por certo, de observar outras regras, a exemplo do princípio da legalidade” (grifos do autor). Percebe-se a diferença existente entre eficácia e eficiência. Enquanto eficácia se relaciona ao alcance dos resultados pretendidos pela Administração, a eficiência se volta para a aferição da qualidade do processo de produção de tais resultados. Isto é, o princípio em questão trata da regra econômica de produzir o máximo a partir do menor gasto possível.

Note-se que o princípio da eficiência é comumente contrastado com o da legalidade. Segundo Mello (2007, p. 118), “o fato é que tal princípio não pode ser concebido

(...) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca pela eficiência justificaria aquele que é o dever administrativo por excelência”. Pensamento seguido também por Di Pietro (2008, p. 79-80). Há para os referidos autores uma superioridade por parte da legalidade em relação à eficiência. Entretanto, não se pode olvidar que a eficiência quando elevada ao *status* constitucional ganhou função importante no momento de concretização das leis. Não se fala aqui em ir de encontro com o que está na norma, mas de observar a interpretação que mais se mostra compatível com o princípio da eficiência. É o que defende Alexandre Santos de Aragão, ao afirmar que “há quase sempre mais de uma interpretação plausível” (2009, p. 12) para uma determinada lei, de forma que deveria ser adotada a interpretação que se conforme com o princípio da eficiência. De acordo com o autor (2009, p. 17):

O Princípio da Eficiência de forma alguma visa a mitigar ou a ponderar o Princípio da Legalidade, mas sim a embeber a legalidade de uma nova lógica, determinando a insurgência de uma legalidade finalística e material – dos resultados práticos alcançados –, e não mais uma legalidade meramente formal e abstrata. Dizendo o óbvio, a partir do momento em que a eficiência e a economicidade foram expressamente inscritas no texto constitucional – a Lei Magna – passaram a também integrar a legalidade, não mais uma legalidade oitocentista, formalista e meramente subsuntiva, mas uma legalidade neopositivista.

Tem razão o autor quando ressalta esta função do princípio da eficiência. Se por um lado, não se admite que o argumento de eficiência se sobreponha ao princípio da legalidade, por outro a eficiência deve ser buscada no momento de interpretação das normas administrativas. E a conclusão mais lógica que sobrevém é que uma determinada lei pode ser declarada inconstitucional por não atender aos requisitos do princípio da eficiência. Percebe-se então que não há relação hierárquica entre os dois princípios, tanto legalidade como eficiência devem andar lado a lado, e que, idealmente, um não sobreviva sem o outro.

Por conseguinte, o princípio da eficiência não está restrita ao instante de conduta do agente público nos casos concretos. Há também de ser observado no momento de elaboração das leis voltadas ao modo de organizar, estruturar e disciplinar a Administração Pública (DI PIETRO, 2008, p. 79), sob pena de o produto legislativo padecer do vício de inconstitucionalidade. Uma conclusão que se extrai é que a Lei de Licitações e Contratos Administrativos deve ser analisada à luz do princípio da eficiência, o que é exatamente o objetivo do presente trabalho.

#### 4.1.1 *Law & Economics no regime jurídico-administrativo*

Quando o legislador constituinte derivado agregou ao *caput* do art 37 da Lei Maior, o princípio da eficiência na Administração Pública, acabou por inserir um instituto metajurídico no regime jurídico-administrativo. O conteúdo de eficiência pertence às ciências econômicas, onde é delineado e esmiuçado<sup>12</sup>. Desta forma, ocorre uma aproximação entre Direito e Economia na análise do Direito Administrativo. Isto é, para melhor entendimento e aplicação do princípio em análise resta imprescindível um estudo que confronte as duas ciências. Por isso, há de haver uma interseção entre Direito e Economia. Luciano Benetti Timm e Giuliano Toniolo (2007, p. 45) assinalam que eficiência “é a busca pelo melhor resultado possível aliada ao menor gasto de forças possível. Preserva-se, desse modo, a origem econômica de eficiência constitucional e, com isso, abre-se importante diálogo entre Direito e Economia”.

Ora, conforme visto no capítulo anterior é justamente disto que cuida o movimento *Law & Economics*, o estudo do direito a partir de ferramentas econômicas, o estabelecimento de diálogo entre Direito e Economia. Logo, a análise econômica do direito se mostra como ferramenta ideal para avaliação do princípio da eficiência no Direito Administrativo. Há aqui um campo fértil para a aplicação dos estudos do movimento iniciado por Coase (1960). A eficiência é norte de toda economia normativa, que é utilizada pela análise econômica do direito, dentre outros objetivos, para guisar a produção de leis.

A área de contratações da Administração Pública não foge a essa regra. Está abarcada pelo princípio da eficiência, e talvez seja neste campo que o movimento *Law & Economics* possa oferecer grande contribuição para o Direito Administrativo. Com isso, a Lei nº 8.666/93 é o alvo da análise do presente trabalho. A teoria dos contratos incompletos, introduzida no capítulo III<sup>13</sup>, visa solucionar problemas decorrentes da perpetuação da execução do contrato no tempo. Proceda-se então a subsunção dos ditames da teoria da incompletude contratual aos termos da Lei de Licitações e Contratos Administrativos a fim de verificar em que medida o diploma legal se compatibiliza com tal teoria, ou seja, em que medida pode se dizer que o contrato administrativo, dada suas peculiaridades, é um instrumento eficiente.

---

<sup>12</sup> A teoria sobre eficiência econômica foi apresentada no item 3.1.1 do capítulo 3.

<sup>13</sup> Ver item 3.2.3

## 4.2 A lógica do contrato administrativo

O contrato administrativo, conforme análise do capítulo 2, é permeado de peculiaridades que decorrem dos poderes especiais da Administração Pública. Tais poderes são considerados instrumentais na medida em que servem de meio para a consecução do interesse público. Como o interesse público está acima do interesse privado e particular, a Administração contratante se utiliza de cláusulas contratuais chamadas “exorbitantes” do direito comum. No entanto, neste item parte das cláusulas “exorbitantes” serão vistas como elementos propiciadores da eficiência, ou seja, além dos motivos acima expostos, também há argumentos econômicos que justificam a existência de tais poderes. Assim, será desenvolvida a idéia de que há uma lógica eficiente no contrato, qual seja: o poder de decisão *ex post* caberá àquele sujeito que maximiza os ganhos da relação contratual.

Porém, antes de adentrar na lógica do contrato administrativo em si, é mister fazer uma breve referência ao procedimento de licitação. Isto porque o procedimento licitatório representa um alto custo de transação. Quando a Administração Pública tem a necessidade de realizar transações, não pode efetuar-las sem antes proceder a uma série de atos preparatórios. O dever de licitar obsta que as transações se realizem de forma rápida e a baixo custo. Para Robert Cooter (*apud* PIMENTA, BOGLIONE, p.67) custos de transação são “‘o tempo e o esforço requisitados para levar a um bom fim uma transação’ e, em sentido amplo, ‘todos os gastos necessários para formular uma estratégia de contratação, o tempo gasto no ato de comerciar, o custo na prevenção de eventuais incorreções dos atos das partes’”. Com isso, fácil se vê que a licitação é um procedimento que incrementa os custos de transação.

Por outro lado, dentre os princípios que informam o instituto licitatório, está o princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Segundo o princípio, ao agente vencedor do certame não pode ser conferida qualquer vantagem fora aquelas que estão previamente estipuladas no instrumento convocatório. À primeira vista, esta impossibilidade de oferecer vantagens inicialmente não previstas parece confrontar diretamente o que se entende por eficiência de Pareto<sup>14</sup>. Pois ainda que possível fosse melhorar a situação do particular contratado, restaria vedada em virtude do referido princípio. Até mesmo uma vantagem que pudesse beneficiar tanto contratante como contratado poderia estar

---

<sup>14</sup> Ver item 3.1.1

inviabilizada pela observância do princípio da vinculação ao edital ou convite. O que parece inaceitável pela ótica da eficiência de Pareto.

Os argumentos acima expostos parecem levar a conclusão que o procedimento licitatório é fato gerador de ineficiências. No entanto, a análise do instituto não pode ser realizada de forma tão simplista. Na verdade, o que se observa é que o dever de licitar gera conseqüências ambíguas. Se por um lado aumenta os custos de transação e não permite melhorias de Pareto – em razão do princípio da vinculação ao instrumento convocatório -, por outro é certo que ajuda a diminuir o desvio de recursos públicos que seriam facilmente viesados para a contratação de pessoas, cuja única qualidade de contratada seria a ostentação de vínculo de parentesco ou amizade com agentes públicos.

Na análise econômica do direito sempre é necessário averiguar as conseqüências práticas de uma determinada norma. Não se deve ficar tão somente no que seria o mundo ideal. Uma vez que se reconhece o comportamento oportunista dos agentes, há que se formular alguma norma que possa frear o ímpeto daqueles que querem se beneficiar dos recursos da Administração em detrimento do interesse público. Neste caso, tal norma é o dever de licitar. Por isso, não se pode afirmar categoricamente que o dever de licitar tem um efeito negativo sob a ótica da eficiência. E ainda que se concluísse que os custos são maiores que os benefícios, estar-se-ia diante de uma restrição orçamentária. A isonomia, princípio que decorre da igualdade, é um dos fundamentos da licitação. Assim o problema de otimização nos contratos administrativos se mostraria para a Administração Pública como: maximizar os ganhos do contrato, sujeito a uma restrição que é a isonomia. Conclui-se portanto, que a licitação é uma tentativa de garantir a isonomia bem como de reduzir ineficiências. Razões pelas quais não se pode entender que o procedimento licitatório é algo prejudicial à eficiência do contrato administrativo.

#### *4.2.1 Teoria dos contratos incompletos no contrato administrativo*

Na análise da incompletude contratual<sup>15</sup> observou-se diversas teorias que procuram lidar com o problema das lacunas nos instrumentos contratuais. Dentre elas, a segunda teoria apresentada se referia à alocação do poder de decisão na fase de execução do acordo. Conforme acentua Zilbersztajn e Sztajn (2005, p.110) nesta vertente “a alocação dos

---

<sup>15</sup> Ver item 3.2.3

direitos de decisão (para o preenchimento de lacunas) é direcionada para o agente que maximiza o valor da relação econômica”. Em outros termos, significa que o agente que tem seu bem-estar afetado de forma mais significativa por um determinado evento deve ficar a cargo do poder de decidi-lo.

A intuição de como isto funciona é simples, cada contraente tem um interesse na realização do acordo. O grau de interesse – ou bem-estar – relacionado a uma alteração pós-contratual é diferente para as partes. Os agentes racionais tomam suas decisões no sentido de elevar seu bem-estar, ainda que diminua o da outra parte. Se a decisão de alteração fica sob o comando de quem é menos afetado, logo se pode concluir que uma determinada atitude tomada pelo agente venha a reduzir os ganhos contratuais. Isto porque o incremento de bem-estar auferido pela parte que detém o poder de decisão pode ser menor que a redução na quantidade de bem-estar da parte mais interessada. O que gera ineficiência no sentido de Kaldor-Hicks<sup>16</sup>.

Pode-se ilustrar o caso aplicado ao contrato administrativo da seguinte maneira: quando iniciado a execução de um contrato de obra pública, sobrevém inovação tecnológica capaz de aumentar a qualidade do resultado final. Para a Administração, o interesse é alto, já que ganharia com o incremento na qualidade da obra. Já para o contratado, a inovação tecnológica pode não representar ganhos volumosos, motivo pelo qual não estaria tão interessado em adquirir a nova tecnologia para implantar na obra que executa. Se a decisão depende da vontade do contratado, então provavelmente o contrato permanecerá nos termos iniciais. Resultando na perda da possibilidade de aumento no bem-estar contratual como um todo. Mas, se o poder de decisão é conferido à Administração, a nova tecnologia deverá ser utilizada na execução da obra. Neste caso, há a maximização dos ganhos contratuais.

Diante disso, segue-se a regra que para se otimizar a relação contratual de duração continuada, o poder de decisão deve ser atribuído àquele sujeito que tem mais interesse sobre tal decisão. Estas decisões se referem à possibilidade de alteração ou até mesmo a extinção do vínculo contratual. Neste modelo, o próprio contrato estabelece quem detém cada parcela de decisão na fase de execução do contrato. Pretende-se preencher as

---

<sup>16</sup> Ver item 3.1.1

lacunas ocasionadas pela incompletude inerente ao acordo por meio de regras previstas no seio do instrumento contratual.

A Lei de Licitações e Contratos Administrativos dá um passo importante rumo à eficiência contratual quando reconhece a impossibilidade de se descrever *ex ante* todas as contingências relevantes para a boa execução das avenças da Administração Pública. Três institutos acolhem a possibilidade de negociação na fase de execução do contrato, quais sejam: alteração unilateral ou bilateral, rescisão unilateral e o direito ao equilíbrio econômico-financeiro. Estes mecanismos refletem o poder de decisão que é conferido às partes após formação do acordo. Assim, a alteração e a rescisão podem ser efetuadas unilateralmente pela Administração, enquanto o equilíbrio econômico-financeiro é um direito adquirido do particular contratado. E há uma lógica para isso, a alteração das cláusulas regulamentares são de maior interesse para a contratante, enquanto as cláusulas financeiras são o grande atrativo para o contratado. Logo, o Poder Público pode decidir unilateralmente sobre aquelas cláusulas enquanto o particular tem seu direito garantido em relação a estas.

No sentido do que fora acima afirmado, Mello (2007, p. 605) expõe que “contrato administrativo esforça-se na seguinte dualidade: de um lado, o Poder Público usufrui de todos o poderes indispensáveis à proteção do interesse público (...) De outro lado, cabe ao particular integral garantia aos interesses privados que ditaram sua participação no vínculo”. E mais adiante, o autor compreende que o instituto contratual é permeado por uma lógica:

Não é difícil entender a lógica do instituto *sub examine*. Há duas ordens de interesse que se devem compor na relação em apreço. O interesse público, curado pela Administração, reclama dele flexibilidade suficiente para o atendimento das vicissitudes administrativas e variações a que está sujeito. O interesse particular postula suprimento de uma legítima pretensão ao lucro, segundo os termos convencionados. As traças concebidas pela e pelos estudiosos mais apontados resumem-se a consagrar estes escopos, ambos prezáveis e ambos confortados na ordenação positiva.

Daí que se defere a cada qual o que se busca no negócio jurídico. Nem faria sentido conceder-lhes ou mais ou menos que o necessário à satisfação dos fins perseguidos.

Com isso percebe-se a aplicação de uma das vertentes da teoria dos contratos incompletos aos contratos administrativos. Pois nestes acordos se atribui à Administração o poder decidir sobre o que lhe afeta mais o bem-estar. Já o particular, tem seu

direito ao equilíbrio econômico-financeiro garantido contra possíveis mudanças no estado da natureza quando iniciada a execução do contrato. Quando é dado ao particular o direito de postular sua margem de lucro, isto equivale a lhe conceder o poder de decidir sobre a manutenção de sua remuneração.

#### 4.2.2 *Ganhos da Administração Pública*

As possibilidades de alteração unilateral<sup>17</sup> estão dispostas no art. 65 da Lei nº 8.666/93. São duas: “quando houver modificação do projeto ou das especificações, para a melhor técnica aos seus objetivos” e “quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto”. Enquanto a previsão da alínea “a” se refere a condições qualitativas, a regra inscrita na alínea “b” do referido dispositivo leva em conta a quantidade. Mas há de observar que o fundamento para tais poderes da Administração é o mesmo, qual seja: a readequação do contrato ante a insurgência de contingências não identificadas prematuramente. É o acolhimento legal dos pressupostos da teoria dos contratos incompletos. Percebe-se que é preciso deixar uma margem de flexibilidade na fase de execução do acordo uma vez que tanto novas situações podem vir a surgir, como outras que já eram existentes desde antes a elaboração do contrato vir a ser conhecidas somente posteriormente. Exemplo disso são as “sujeições imprevistas”.

A respeito do tema, Meirelles (2010, p. 258) já apoiava a iniciativa legislativa tendo em vista que a Administração deve conduzir a execução do contrato em consonância com a evolução da tecnologia. O aprimoramento de técnicas que podem influenciar positivamente no contrato administrativo não só podem como devem ser assimilados pelo contratante público. No mesmo sentido são as palavras de Justen Filho (2010, p. 772):

A melhor adequação técnica supõe a descoberta ou a revelação de circunstâncias desconhecidas acerca da execução da prestação ou a constatação de que a solução técnica anteriormente adotada não era mais adequada. Os contratos de longo prazo ou de grande especialização são mais suscetíveis a essa modalidade de alteração. Não há muito cabimento para essa hipótese em contratos de execução instantânea ou cujo objeto seja simples e sumário.

A incompletude contratual é identificada aqui como resultado da variação das circunstâncias à época da elaboração do instrumento contratual. Diante de novas

---

<sup>17</sup> Ver item 2.2

descobertas e inovações tecnológicas bem como de situações que só vierem a ser conhecidas na fase de execução, o contrato administrativo pode ser alterado unilateralmente por quem mais interessa a forma de realização do objeto contratual. Isto é, pela Administração Pública contratante. Em todo caso, a Administração só poderá se beneficiar da alteração unilateral respeitado os direitos do contratado. Ou seja, o Poder Público não pode incrementar seu bem-estar em detrimento do particular contratado, o que reflete uma melhoria de Pareto.

Em relação ao poder de rescindir unilateralmente o contrato administrativo, as hipóteses arroladas no art. 78, incisos I a XII e XVII, podem ser classificadas em razão das causas como: por inadimplemento do contratado (incisos I a XI); razões de interesse público (inciso XII); caso fortuito ou força maior (inciso XVII) (DI PIETRO, 2008, p. 255-256). O que chama atenção no dispositivo é o inciso XII, que relaciona o interesse público como motivo para a extinção unilateral do vínculo contratual. Abre-se, mais uma vez, espaço para aplicação da teoria da incompletude contratual. O interesse público é o que move toda a Administração Pública, por isso, o inciso em comento gera a oportunidade de o contratante público decidir sobre a execução do contrato mediante a averiguação de seu interesse, que é sempre o interesse público. Assim, imputa-se à Administração o dever-poder de decidir acerca da extinção do contrato quando lhe for necessário otimizar os ganhos relacionados ao interesse público.

Frise-se que no caso de extinção unilateral do contrato baseado no inciso XII do art. 78 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, em que pese a Administração deter o poder de efetuar-la, fica obrigada a indenizar o particular contratado pelas perdas e danos acarretados por tal atitude. É que o direito ao equilíbrio econômico-financeiro, interesse precípua do particular, permanece intacto em contrapartida ao poder conferido à Administração.

Os acordos bilaterais também fazem parte da gama de mecanismos que combatem os males da incompletude dos contratos. No entanto, sabe-se que a modificação bilateral é possível, senão em todos, na maioria dos institutos contratuais. Sujeito a qualquer regime jurídico, os acordos, via de regra, podem ser alterados em momento posterior ao da elaboração ante um novo pacto consensual entre as partes. Por isso, não é peculiaridade dos contratos administrativos e não se faz análise de seus efeitos sobre a eficiência contratual tendo em vista que o escopo do presente trabalho é tratar aquilo que diferencia os contratos

regidos pela Lei nº 8.666/93. Mas vale a pena destacar a regra prevista no art. 65, II, “d”, da referida lei. Ali se trata do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, que será visto no tópico a seguir.

#### 4.2.3 *Ganhos do contratado*

Para o contratado, restou assegurado o direito àquilo que mais lhe interessa na relação contratual: a margem de lucro avençada inicialmente. Esta proteção decorre do reconhecimento de que fatos supervenientes podem alterar o equilíbrio do contrato administrativo. É o acolhimento da idéia de racionalidade limitada e custos de transação no detalhamento do contrato. Os fatores que ensejam a possibilidade de reequilíbrio da avença são tidos como imprevisíveis, ou como custosos para uma estipulação contratual *ex ante*. Assim, Di Pietro (2008, p. 261) afirma:

(...) é mais difícil fazer, no momento do contrato, uma previsão adequada do equilíbrio, uma vez os acordos administrativos em geral envolvem muitos riscos decorrentes de várias circunstâncias, como a longa duração, o volume grande de gastos públicos, a natureza da atividade, que exige muitas vezes mão-de-obra especializada, a complexidade da execução etc. O próprio interesse público que à Administração compete defender não é estável, exigindo eventuais alterações do contrato para ampliar ou reduzir o seu objeto ou incorporar novas técnicas de execução.

Quando não é possível trabalhar as contingências futuras de maneira adequada, conforme assevera a autora, então se socorre à teoria dos contratos incompletos para garantir uma boa execução das avenças. Com isso, a intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato administrativo nada mais é que uma fórmula de solução para o problema da incompletude contratual.

O direito adquirido à equação econômico-financeira pelo particular encontra-se amparado diretamente pela Constituição Federal (art. 37, inciso XXI, CF). A legislação conferiu ao particular, na qualidade de parte do contrato administrativo, o poder de reivindicar a intangibilidade do equilíbrio entre encargos e remuneração inicialmente pactuados. E mais, a proteção ao equilíbrio contratual no Direito Administrativo é mais benéfica ao particular se comparada às normas do direito comum. Isto porque, em caso de alteração das circunstâncias o particular pode pleitear a integralidade do que lhe foi afetado. Não há no regime jurídico-administrativo divisão de perdas entre as partes. Ademais, os fatos

que podem ser considerados como fundamento para o reequilíbrio contratual são mais abrangentes que no Direito Civil. Há, de fato, a garantia ao lucro do contratado.

A primeira diferença apontada entre a garantia do equilíbrio contratual nos contratos de Direito Público e aqueles de Direito Privado, qual seja, a reivindicação integral das perdas no lucro do contratado, advém da redação inciso XXI, art. 37, CF, que traz a seguinte redação:

Art. 37 (...)

XXI- ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratado mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições de todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, **mantidas as condições efetivas da proposta**, nos termos da lei (...) (grifo nosso)

Devido à expressão “mantidas as condições efetivas da proposta”, se entende que os impactos da alteração das condições contratuais devem ser suportados integralmente pela Administração Pública (DI PIETRO, 2008, p. 262). Ao contrário do que ocorre nas avenças entre particulares, onde o ônus é repartido entre as partes que figuram nos acordos. Por isso, o particular obtém maior atratividade nos contratos administrativos tanto quanto é mais avesso ao risco. Pois nas avenças de Direito Público seu ganho é mantido inalterado ainda que diferente as condições, enquanto que no Direito Privado seu lucro pode ser reduzido superveniente com a ocorrência de fatos que alterem o equilíbrio contratual.

Uma vez que inexistente repartição do ônus ocasionado pela superveniência de fatos que alteram a equação econômico-financeira, então não há que se falar em disputa entre Administração e contratado para a definição de quanto da parcela de perda fica a cargo de cada um. Isto leva a economia nos custos de transação, pois quando o particular demonstra seu prejuízo acarretado por um daqueles motivos que dão ensejo à recomposição do equilíbrio econômico do acordo, a Administração não tem de ficar medindo e negociando sua parcela de ônus. Assim, a crítica de Pinheiro e Saddi (2005, p. 118-119), registrada no capítulo III, de que o instituto da teoria da imprevisão não economiza em custos de transação já que apenas transfere para a fase pós contratual negociações custosas não se aplica perfeitamente aos contratos regidos pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Com essa dinâmica, o contrato administrativo tende a ser mais eficiente na medida em que reduz os custos de transação envolvidos nas negociações *ex post*.

A proteção no contrato administrativo também se dar em maior grau quando se leva em conta os fatos que podem ser alegados pelo particular para se proceder ao reequilíbrio da relação. Além da teoria da imprevisão, que pode ser invocada em qualquer contrato seja público ou privado, em que se protege contra os fenômenos econômicos imprevisíveis e que afetam fortemente a relação contratual, o particular está protegido contra os “fatos do príncipe”. Tais fatos se referem ao comportamento extracontratual da Administração que influi na execução das avenças entre o ente federativo e os particulares contratados. Isto não ocorre nos contratos privados, logo a proteção oferecida ao contratado no contrato administrativo é maior. O que permite um grau de lacuna mais elevado, implicando por consequência, um instrumento menos oneroso e mais eficiente sob a ótica da teoria dos contratos incompletos.

Note-se que o fato da Administração, em que pese ser considerado uma das causas que justificam a revisão do acordo, na verdade se trata de uma falta contratual por parte do contratante público. Assim, é forçoso entender que a conduta da Administração que prejudica o contrato, no qual é parte, deve ser considerada como causa de indenização por perdas e danos e não como fator de revisão do contrato. Justen Filho (2010, p. 181) se pronuncia da seguinte maneira sobre o assunto: “O ato ilícito contratual praticado pela Administração gera o dever de indenizar o particular por perdas e danos. Essa solução jurídica não se confunde com o efeito gerado pela quebra do equilíbrio econômico-financeiro”. Por isso, quando a Lei de Licitações e Contratos Administrativos elencou no art. 65, inciso II, “d”, o fato da Administração como motivo para revisão do contrato, não ampliou a proteção ao contratado, mas tão-somente deu tratamento diferenciado para algo que na órbita privada é solucionado por meio de indenização por perdas e danos.

A intangibilidade da equação econômico-financeira depende dos mecanismos que servem como meio de garantir o reequilíbrio contratual. Nos contratos administrativos, três institutos se mostram como elementos propiciadores da recomposição do valor das avenças, quais sejam: revisão, reajuste e repactuação. Todas estas figuras visam manter a relação entre encargos e remuneração estipulada no contrato, mas cada uma de forma diferente.

O reajuste é fruto da instabilidade inflacionária que acompanhou este país durante boa parte de sua história. É o mecanismo que protege o equilíbrio contratual mediante

a utilização de índices dispostos no próprio instrumento do acordo a fim de recuperar o valor deteriorado com a inflação existente no período contratual. Está previsto no art. 55, III, Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que estabelece como requisito para a utilização do instrumento a previsão contratual da data base e periodicidade do reajustamento.

Mello (2007, p. 635) adverte que a estipulação de reajuste não obsta a invocação da cláusula *rebus sic stantibus* quando o reajustamento não for suficiente para restabelecer o valor do acordo. E não se pode entender diferente uma vez que o reajuste é uma tentativa de reequilibrar a equação do acordo dentro de acontecimentos considerados normais, isto é, traz a recomposição do valor em vista de uma inflação dentro do razoável. Mas não impede que eventos extraordinários pulverizem a relação entre encargos e remuneração. Conforme visto, a álea extraordinária configura quebra da equação econômica, sujeitando o contrato a recomposição de valor original. Por isso, é perfeitamente possível a convivência entre o reajuste e outro instrumento de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Até porque tal proteção é garantia constitucional que não pode ser suprimida por legislação infraconstitucional.

Cumprir registrar que a Lei do Plano Real<sup>18</sup> estabeleceu o período de um ano como interregno mínimo para a utilização do reajuste. Tal condição foi implementada a fim de combater o grave problema de indexação existente no país, considerado uma das causas da terrível inflação que perdurava no país à época da formulação daquele diploma legal. Para Gasparini (2007, p. 681), a aplicação desta condição aos contratos administrativos é inconstitucional tendo em vista que afronta o que dispõe o art. 37, XXI, CF. Entretanto, a questão deve ser analisada em consonância com o pensamento que foi exposto logo acima. O reajuste não impede a utilização de outras formas de recomposição do valor da avença. Logo, não há que se falar em inconstitucionalidade tendo em vista que tal restrição em momento algum impede a proteção garantida pela norma constitucional.

Já a repactuação, instituto criado pelo Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997, tem como finalidade substituir o reajuste nos contratos de que trata o art. 57, II, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Tem aplicação no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional. O art. 4º, I, do referido decreto, veda a indexação por meio da fixação de índices de reajuste nos contratos de execução contínua

---

<sup>18</sup> Lei nº 9.069 de 29 de junho de 1995.

regulados naquele decreto, e adota como mecanismo de balanceamento da equação econômico-financeira a repactuação. Segundo Justen Filho (2010, p. 793) “O instrumento é destinado a impedir que a renovação da contratação produza ganhos indevidos para uma das partes”. Explica o autor que “Algumas despesas relacionadas com o desempenho da atividade podem ter sido amortizadas com a remuneração auferida durante o primeiro ano, sem que as mesmas despesas continuem existindo no exercício seguinte”. Neste caso o reajuste implicaria em aumento da remuneração sem o respectivo aumento dos encargos para o particular. Por isso, a repactuação só se efetua quando demonstrada por meio de planilha de custos a efetiva elevação dos preços dos insumos adquiridos pelo contratado. E, assim como o reajuste, a repactuação só poderá ser utilizada quando prevista no edital convocatório e após respeitado o interregno mínimo de um ano.

Por sua vez, a revisão de preços é o grande trunfo do contratado particular. Não se sujeita às restrições temporais enfrentadas pelo reajuste e repactuação. Poder ser invocada a qualquer momento desde que configurado a alteração da equação contratual. Também não se exige a previsão no edital ou no contrato tendo em vista que decorre diretamente do preceito constitucional insculpido no art. 37, XXI, CF, não sendo possível sua limitação por lei ou consensualmente. Ocorre, inclusive, para atualizar o valor contratual quando se procede a alteração unilateral da avença. Para sua utilização é bastante a demonstração da ocorrência de um fato relacionado à álea administrativa ou extraordinária e seu reflexo sobre a relação entre encargos e remuneração fixada inicialmente na avença. É o instrumento ideal para se proteger contra aumentos extraordinários nos custos do contratado.

Da análise comparativa dos três mecanismos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo percebe-se que, a despeito de terem o mesmo objetivo, os impactos são diferentes sobre os custos de transação bem como sobre a equação contratual. O reajuste é maneira mais simples e por conseqüência, aquela que apresenta menor custo de transação. No entanto, o alcance do reajuste na recomposição do valor do acordo é limitado, pois só consegue transmitir aquela inflação considerada normal. Ademais, não reflete exatamente a variação dos encargos do contratado. No que concerne a repactuação, verifica-se que o custo relacionado à demonstração é pouco mais elevado, mas em contrapartida consegue mensurar mais acertadamente os custos do particular a fim de se restaurar o equilíbrio do acordo. A revisão se mostra como o mecanismo mais custoso em termos de negociação uma vez que requer a demonstração pelo particular dos fatos e seus

reflexos sobre o contrato. No entanto, este mecanismo pode ser invocado a qualquer momento e permite o reequilíbrio em casos de grandes impactos sobre o equilíbrio da avença.

Desta forma, logo se vê que não há instrumento perfeito ou que possa ser considerado melhor que o outro. O menos oneroso não traduz os verdadeiros custos do contratado, enquanto o que é mais eficaz apresenta os maiores custos de transação. Por isso, a melhor alternativa é aquela em que se combinam os mecanismos de recomposição do equilíbrio. No ordenamento jurídico pátrio é possível a combinação entre reajuste e revisão bem como entre repactuação e revisão. Nunca entre reajuste e repactuação tendo em vista que têm basicamente o mesmo objetivo. O que se coaduna com uma lógica eficiente do contrato administrativo. Sempre que as alterações das condições contratuais forem reduzidas, o reajuste ou repactuação serão instrumentos idôneos ao restabelecimento do equilíbrio do acordo. Quando for o caso de mudança extraordinária dos encargos do contratado então se procederá à revisão do contrato.

Neste capítulo, foi possível constatar que o Direito Administrativo permite uma aproximação entre as Ciências Econômicas e Jurídicas. A introdução no texto constitucional do princípio da eficiência trouxe ao regime jurídico-administrativo um campo de aplicação dos estudos do movimento *Law & Economics*. E mais, o estudo do contrato administrativo sob a luz da teoria dos contratos incompletos mostra que os contratos de direito público seguem uma lógica eficiente, qual seja: a de conferir o poder de decisão *ex post* ao agente que mais interessa seus efeitos. Por fim, uma breve análise dos instrumentos de recomposição do equilíbrio contratual conclui que os mecanismos não são perfeitos quando atuam isoladamente, por isso, a solução mais eficiente é combinar tais instrumentos. O que se coaduna com o ordenamento jurídico pátrio.

## CONCLUSÃO

Considerando o que foi apresentado neste trabalho monográfico, sobrevêm algumas conclusões esclarecedoras acerca da eficiência nos contratos administrativos. O primeiro ponto a se destacar é sobre o movimento *Law & Economics* e sua capacidade de contribuir para o aperfeiçoamento da ciência jurídica. Segundo, sobre a viabilidade de integração entre os estudos do movimento e o Direito Administrativo. Por fim, chega-se a conclusão de que os contratos de direito público respeitam os preceitos da teoria dos contratos incompletos e, por isso, podem ser considerados eficientes.

Do estudo do movimento *Law & Economics*, percebe-se que os critérios de eficiência podem ter grande aplicação no universo jurídico. Seja na forma de interpretar, no momento de legislar, de julgar, de redigir um contrato etc. Atualmente cada vez mais se exige dos profissionais atuantes nas diversas áreas o conhecimento de diversas ciências e a integração destas para a melhor compreensão dos fenômenos sociais. E não é diferente em relação aos profissionais que atuam no campo jurídico. O operador do direito atento a essa nova demanda deve sempre buscar a eficiência na materialização das normas. Algumas áreas jurídicas se mostram como campo fértil para a aplicação dos estudos da *Law & Economics*. O instituto da função social da propriedade e o direito contratual são os maiores exemplos disso. No Brasil, apesar de ainda tímido, o estudo do direito por intermédio de ferramentas econômicas tem se efetuado principalmente na área de contratos empresariais. No entanto, o contrato administrativo também tem de ser levado em consideração tendo em vista sua complexidade e a relevância do interesse público envolvido em tais avenças. Por isso, alguns poucos trabalhos já voltam os olhos para os contratos de direito público, aos quais agora se soma esta modesta contribuição.

E logo se vê que a aproximação entre o movimento e o Direito Administrativo é perfeitamente compatível. Após a inserção do princípio da eficiência dentre os princípios expressos da Administração Pública permitiu-se que o Direito Administrativo buscasse fonte de conhecimento nas ciências econômicas. Isto porque, o conteúdo de eficiência pertence a esta ciência. Tendo em vista que eficiência é o objeto que move todo o

estudo da *Law & Economics*, então fica fácil perceber que o movimento é a ferramenta ideal para o estudo do princípio que rege toda a Administração Pública.

Ademais, quando se toma em conta que o princípio encontra-se inserido na Carta Fundamental, inexoravelmente se conclui pela necessidade de controle de constitucionalidade legislativo com base no critério de eficiência. Por dedução, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos está dentre os diplomas legais sujeitos à análise de constitucionalidade ante o critério de eficiência.

Com essa constatação, parte-se para a análise dos contratos administrativos à luz da teoria dos contratos incompletos. A partir do estudo conjunto da referida teoria e dos contratos administrativos, verifica-se a compatibilidade entre ambos. A Lei nº 8.666/93 reconhece a impossibilidade de prever todas as contingências futuras ao tempo da elaboração do contrato. Por isso, disciplinou algumas regras que pudessem minimizar os problemas oriundos da incompletude contratual, quais sejam, a alteração unilateral ou bilateral, a rescisão unilateral e o equilíbrio econômico-financeiro. Estes institutos previstos na legislação administrativa se coadunam com uma das vertentes de estudo que procuram solucionar a incompletude dos acordos que têm uma duração razoável. Na lógica do contrato administrativo, o poder de decisão fica a cargo do agente que consegue maximizar os ganhos da relação contratual, que é a lógica preceituada por uma das vertentes do estudo da teoria dos contratos incompletos. Em relação aos mecanismos de recomposição do equilíbrio contratual foi possível perceber que tais instrumentos devem ser utilizados em conjunto com vistas a reduzir os custos de transação e atingir a eficácia a que se propõem.

Assim, por meio de uma análise econômica do direito, pode-se afirmar que o contrato administrativo segue uma lógica coerente com a teoria dos contratos incompletos e, conseqüentemente, pode ser considerado um instrumento contratual eficiente, o que mostra a constitucionalidade da Lei de Licitações e Contratos Administrativos à luz do princípio da eficiência.

## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos. Interpretação consequencialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 11 n. 57. 2009

ARAÚJO, Fernando. Uma análise econômica dos contratos parte I: a abordagem econômica, a responsabilidade e a tutela dos interesses contratuais. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 69-158, abr./jun. 2007.

BERTRAN, Maria Paula. *Interpretação contratual e análise econômica do direito: o caso da revisão dos contratos de leasing*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 89217 / SC. Tribunal Pleno. Reclamante: Caldas Imperatriz Comércio e Indústria S/A. Reclamado: Estado de Santa Catarina. Relator(a): Min. Cordeiro Guerra. Brasília, 06 de junho de 1979. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(89217.NUMERO+OU+89217.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(89217.NUMERO+OU+89217.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 04 de jun. 2010

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 666878/RJ. Primeira Turma. Recorrente: Comissão de Valores Mobiliários – CVM. Recorrente: ATT/PS Informática S/A. Recorrido: os mesmos. Relator(a): Min. Denise Arruda. Brasília, 12 de jun. de 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=666878&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 12 de jun. 2010.

CATEB, Alexandre Bueno; Gallo, José Alberto. *Breves considerações acerca da teoria dos contratos incompletos*. Disponível em: <[http://works.bepress.com/alexandre\\_bueno\\_cateb/7/](http://works.bepress.com/alexandre_bueno_cateb/7/)>. Acesso em: 15 de ago. 2010.

COASE, Ronald. The nature of the firm. *Economica*, n. 4, 1937.

\_\_\_\_\_. O problema do custo social. *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*: Vol. 3, n. 1, article 9. Disponível em: <<http://services.bepress.com/lacjls/vol3/iss1/art9/>> Acesso em: 16 de mar. 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*, v. 3. 3ª ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. Disponível em: <[http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1056&context=robert\\_cooter](http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1056&context=robert_cooter)>. Acesso em: 21 de mai. 2010.

DINIZ, Maria Sylvia Zanella. *Curso de direito civil brasileiro, 3º volume: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 24ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

DI PIETRO, Maria Helena. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 12ª ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume III: contratos e atos unilaterais*. 6ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. O direito e a ciência econômica: a possibilidade interdisciplinar na contemporânea teoria geral do direito. In *Latin and American and Caribbean Law and Economics Association (ALACADE) Annual Papers, Berkely Program in Law and Economics, UC Berkley*. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/39q6m55k>>. Acesso em: 25 de jun. 2010.

HERMALIN, Benjamim E.; KATZ, Avery W.; CRASWELL, Richard. *Chapter on the Law and Economics of contracts*. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=907678](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=907678)> Acesso em: 18 de ago. 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

MASTEN, Scott E.. Contractual choice. In *Encyclopedia of Law & Economics*. Disponível em: <<http://encyclo.findlaw.com/4100book.pdf>>. Acesso em: 10 de jul. 2010.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes. *O contrato administrativo*. 2ª ed. rev, atual e ampl. Rio de Janeiro: America Juridica, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitações e contrato administrativo: de acordo com a Lei nº 8.666, de 21.6.1993, com todas as alterações posteriores*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 23ª ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2007.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *Direito econômico dos contratos*. Niterói, RJ: Impetus, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil, v. 3: contratos*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NICOLAU, Gustavo Rene. Implicações práticas da boa-fé objetiva. In HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; TARTUCE, Flávio. *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007.

OLIVEIRA, Daniele de Lima de. Breves notas sobre a evolução histórica da teoria da imprevisão e da quebra da base objetiva. *Revista de Direito Privado - RDPRIV*, São Paulo, v. 10, n. 37, jan/mar. 2009.

PIMENTA, Eduardo Goulart; BOGLIONE, Stefano. Análise econômica do direito contratual. *Revista do Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 6, n, 24, p, 59-83, out./dez. 2008.

PINHEIRO; Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. *Economics analysis of Law*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=859406>>. Acesso em: 11 de ago. de 2010.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; JUNIOR, Irineu Galeski. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. São Paulo: Campus, 2009.

ROSA, Alexandre Moraes da; LINHARES, Jose Manoel Aroso. *Diálogos com a Law and Economics*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009.

SHAVELL, Steven. *Economic analysis of contract law*. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w9696>>. Acesso em 10 de ago. de 2010.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações: investigações sobre sua natureza e suas causas*. Trad. de Luiz João Baraúna. 2ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

SZTAJN(a), Rachel. Law and Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito e economia: análise econômica do Direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

SZTAJN(b), Rachel. *Suply chain e incompletude contratual*. Disponível em: <<http://www.revistasystemas.com.br/index.php/systemas/article/viewPDFInterstitial/10/11>>. Acesso em: 07 de ago. de 2010.

SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio; AZEVEDO, Paulo Furquim de. Economia dos contratos. In ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito e economia: análise econômica do Direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República: volume II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TIMM, Luciano Benetti; TONIOLO, Giuliano. A aplicação do princípio da eficiência à Administração Pública: levantamento bibliográfico e estudo da jurisprudência do TJRS. *Prismas: direito, políticas públicas e mundialização*, Brasília, v.4, n.2, ago/dez. 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2005.