

## ***Sobre Contratos Administrativos e Contratos de Direito Privado***

*Antônio Carlos Cintra do Amaral*

1. Os contratos atribuem direitos e obrigações às partes que os celebram. O princípio básico dos contratos em geral é o “*pacta sunt servanda*”, ou seja, os pactos devem ser observados e cumpridos.

Eles têm a função de realizar interesses específicos das partes. Daí decorre uma distinção importante entre contratos de direito privado e contratos administrativos. Aqueles têm por função realizar interesses privados, situados no mesmo plano, enquanto estes têm por função realizar o interesse público, que se sobrepõe tanto ao interesse privado da contratada, quanto ao da Administração contratante.

As partes no contrato de direito privado podem, durante sua execução, livremente alterar o que ajustaram, desde que haja consenso e as novas regras contratuais – assim como as regras originais – não sejam proibidas por lei. Nos contratos administrativos, a Administração pode alterar unilateralmente as regras pactuadas, desde que para tal tenha amparo na legislação aplicável e vise à satisfação do interesse público. Esta é uma exceção ao princípio “*pacta sunt servanda*”, observando-se que, nessa hipótese, a contratada tem direito ao “*equivalente econômico*”. Ou seja: nos contratos administrativos, a contratada não tem direito à imutabilidade do contrato, mas sim ao respeito à equação econômica inicial.

Nos contratos de direito privado, as partes podem pactuar, ou repactuar, **o que não seja proibido por lei** (autonomia da vontade), enquanto nos contratos administrativos a Administração somente pode pactuar, ou repactuar, **o que é autorizado por lei** (princípio da legalidade). No primeiro caso, vale o princípio de que **o que não é proibido é permitido**. No segundo, o de que **o que não é permitido é proibido**.

2. O desequilíbrio econômico-financeiro de um contrato pode ser provocado por fatores **internos** ou **externos** ao contrato.

Os fatores **internos** são aqueles atribuíveis à contratante, tais como alteração de projeto e atraso na liberação de áreas prevista no contrato.

Os fatores **externos** abrangem:

- a) **fato do príncipe**, que é toda atuação estatal que repercuta **indiretamente** no contrato, tais como aumento e redução de tributos, alteração de política cambial ou de política ambiental e intervenção nos preços (planos econômicos); e
- b) os fatos incluídos na **teoria da imprevisão**, tais como **surto inflacionário**, sujeições imprevistas, força maior (greve abusiva, incêndio provocado por terceiros) e caso fortuito (chuvas inesperadas, índice pluviométrico anormal).

Para que surja o **direito** ao reequilíbrio do contrato (e correspondente **dever** da outra parte de reequilibrar o contrato) é necessário que o fato que provocou o desequilíbrio tenha sido imprevisível (ou previsível mas de conseqüências incalculáveis) e se contenha na **álea extraordinária do negócio**.

Não existe critério objetivo para distinguir **álea ordinária** e **álea extraordinária**. A questão deve ser analisada caso a caso.

Assim, tanto nos contratos de direito privado, quanto nos contratos administrativos, ocorrido o desequilíbrio econômico-financeiro por fato superveniente e imprevisível contido na “*álea ou risco extraordinário*”, deve proceder-se a seu reequilíbrio. O que difere é o fundamento jurídico-conceitual invocado. Nos contratos administrativos, a **teoria da imprevisão**. Nos contratos de direito privado, a **teoria da base do negócio**.

Há, porém, uma relevante distinção teórica, de conseqüências práticas. Nos contratos de direito privado, é necessário que a onerosidade seja “*excessiva*”, de acordo com o Código Civil (art. 478). Nos contratos administrativos, essa excessividade não é exigida, já que a Constituição determina que **sejam mantidas as condições iniciais da proposta** (art. 37, XXI).

O conceito de “*onerosidade excessiva*” deve ser determinado em cada caso concreto e essa determinação tem um alto grau de subjetividade. Assim como ocorre com o conceito de “*álea ou risco extraordinário*”.

Por último: o reequilíbrio é uma via de duas mãos. Se em regra o desequilíbrio ocorre em desfavor da contratada, há casos em que ocorre em desfavor da contratante. O dever de reequilibrar o contrato existe em ambas as hipóteses.

3. Para finalizar este breve Comentário, alinho algumas diferenças entre contratos

administrativos e de direito privado, no que se refere a normas aplicáveis e controles incidentes.

Esquemáticamente:

### **Normas aplicáveis**

<b>Contratações Administrativas</b>	<b>Contratações de Direito Privado</b>
<p>Constituição, especialmente o art. 37, “caput”, e seu inciso XXI</p> <p>Leis 8.666/1993, 8.987/1995, 9.074/1995, 10.520/2002 e 11.079/2004, aplicando-se-lhes, supletivamente, as normas do Código Civil</p>	<p>Não</p> <p>Código Civil</p>

### **Controles incidentes**

<b>Contratações Administrativas</b>	<b>Contratações de Direito Privado</b>
Poder Judiciário	Sim
Tribunais de Contas	Não
Ministério Público	Em certos casos
Cidadãos em geral (mediante ação popular)	Não
Auditorias internas e externas	Sim
Corregedorias Gerais	Não
Sócios ou acionistas (nos casos de empresas estatais)	Sim (quando uma ou mais partes forem sociedades)