

**CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS**

MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO

Catedrático da Universidade Federal do Paraná. Professor Honorário da Universidade Nacional Maior de São Marcos de Lima, no Peru. Professor Honorário da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade de Mendoza, na Argentina.

CONTRATOS

ADMINISTRATIVOS



1981

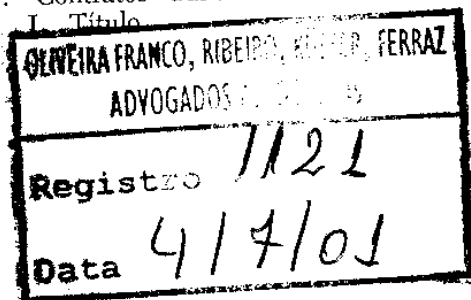
CIP-Brasil. Catalogação-na-Fonte
Câmara Brasileira do Livro, SP

F897c Franco Sobrinho, Manoel de Oliveira, 1916-
Contratos administrativos / Manoel de Oliveira Franco Sobri-
nho. — São Paulo : Saraiva, 1981.

Bibliografia.

1. Contratos administrativos 2. Contratos administrativos --
Brasil. I. Título

80-1216



CDU — 351.712
— 351.712(81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Contratos administrativos : Direito administrativo
351.712(81)
2. Contratos administrativos : Direito administrativo
351.712

2921



SARAIVA S.A. — Livreiros Editores

Belo Horizonte — MG

R. Célia de Souza, 571 — Bairro Sagrada Família — Tels.: (031) 461-9962 e 461-9995

Porto Alegre — RS

Av. Chicago, 307 — Floresta — Tels.: (0512) 22-1463 e 22-0554

Rio de Janeiro — RJ

Av. Marechal Rondon, 2231 — Tels.: (021) 201-7149 e 261-4811

São Paulo — SP

Av. do Emissário, 1897 — Tel.: (011) 826-8422

Curitiba — PR

Rua Eng.º Leão Sounis, 187 — Capanema — Tel.: (041) 262.1641

Índice Geral

Nota-prefácio	IX

1.ª Parte

Posição jurídica dos contratos administrativos	3
Princípios gerais que regem os contratos administrativos	13
Elementos e requisitos essenciais dos contratos administrativos ..	22
Relações e obrigações nos contratos administrativos	30

2.ª Parte

As partes nos contratos administrativos	39
Características dos contratos administrativos	46
Componentes na motivação e finalidade	54
Instituições civis e instituições administrativas	62

3.ª Parte

Singularidades dos contratos administrativos	71
Fatos que prejudicam a normal prestação contratual	79
Tutela pela fiscalização dos contratos administrativos	87
Infrações e sanções nos contratos administrativos	94

4.ª Parte

Execução dos contratos administrativos	105
Os vícios nos contratos administrativos	112
Sinopse dos contratos administrativos no Direito Comparado	117
Sinopse dos contratos administrativos no Direito brasileiro	125

5.^a Parte

Teorias construtivistas dos contratos administrativos	137
Formalização e forma dos contratos administrativos	145
A problemática das cláusulas exorbitantes na ordem administrativa	151
A importância das cláusulas na execução contratual	157

6.^a Parte

Os serviços públicos nos contratos administrativos	165
As categorias jurídicas nos contratos administrativos	172
Natureza jurídica dos contratos de colaboração	178
Os contratos posicionados nas categorias administrativas	187

7.^a Parte

Contrato de obras públicas	195
Contrato de empréstimos públicos	202
Contrato de cessão de uso de bens públicos	211
Contrato de concessão de serviços públicos	217

8.^a Parte

O equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de serviço	227
Contratos de risco concluídos pela Administração	235
Contrato de função ou emprego público	242
Contratos interorgânicos ou interadministrativos	248

9.^a Parte

Contratos administrativos acessórios	257
Contratos administrativos de figuração privada	262
Quase-contratos administrativos	269
Interpretação dos contratos administrativos	275

10.^a Parte

Finalidade jurídico-objetiva das licitações	283
Vínculos de licitude na eficácia das contratações	291
Trâmites do processo administrativo licitatório	300
O contrato administrativo no Direito brasileiro	307

11.^a Parte

Prazos e duração dos contratos administrativos	319
Contratos administrativos: acompanhamento da execução	327
Medidas corretivas: prorrogação, renovação ou revogação	334
Medidas extintivas do contrato: rescisão e anulação	342

12.^a Parte

A publicidade nos contratos administrativos	353
Responsabilidade administrativa contratual	360
Responsabilidade administrativa extracontratual	368
Responsabilidade administrativa indenizatória	377
Índice Onomástico	387
Bibliografia de Pesquisa e Consulta	393
Índice Sistemático	401

Nota-prefácio

Este *Contratos administrativos*, agora editado, dá continuidade à monografia *Atos administrativos*, lançada no começo de 1980. Constituem, por assim dizer, dois livros irmãos. Iguais nas origens doutrinárias, nas posições práticas e nas colocações jurídicas.

Ambos obedeceram a mesma sistemática, possuem idênticas estruturas, foram desenvolvidos dentro de técnicas semelhantes, consoante sucessão de capítulos que se integram uns aos outros, porque seria impossível o entendimento dos contratos públicos sem o conhecimento dos atos administrativos.

Não obstante, os dois livros não se confundem, mantêm cada qual sua peculiar autonomia, as características próprias de cada instituto, servem a problemas que se equacionam na unilateralidade e na bilateralidade da atividade administrativa, afirmando uma unidade fenomenológica substancial.

Quanto ao autor, procurou, tanto num como noutro, realizar obra de plena autonomia doutrinária, em face de realidades que são atuais. Não foi pequeno o esforço de pesquisa, a fim de tirar da doutrina clássica princípios permanentes nos regimes, atualizando conceitos que necessitavam ser adaptados às transformações sofridas pelo Direito Público.

Na verdade, o Direito Administrativo de hoje está a exigir *positividade*. Não podemos continuar repetindo sempre o que disseram os grandes mestres do passado, teimando em não enxergar que tudo mudou e com as mudanças havidas é outra a vida dos direitos nas relações entre Administração e administrados.

O que se construiu no antanho muito vale para as construções do presente, mas é preciso considerar que os conceitos jurídicos não constituem dogmas permanentes, porque, como conceitos, devem atender a situações novas nascidas de fontes geradas dos movimentos sociais.

O respeito do autor, todavia, pelos grandes mestres, que fizeram escolas, está flagrante na ampla bibliografia de pesquisa e consulta, na tentativa

de somar contribuições isoladas que, reunidas, dão sistemática ao Direito Administrativo como deve necessariamente ser entendido na ordem jurídica geral.

Por não aceitar que haja um direito do Estado, o autor assume posicionamentos de defesa dos direitos, colocando o problema da responsabilidade administrativa e das garantias jurídicas acima de soluções que em nome do interesse público indeterminado produzem lesividade ou afrontam situações legalmente protegidas.

Essa foi a linha de orientação no livro *Atos administrativos* e continua a mesma no *Contratos administrativos*, sem nenhuma quebra dos ensinamentos compatíveis à nossa época em evolução e da compreensão daqueles princípios permanentes essenciais e sempre fundamentais.

Resta lembrar, nesta breve nota-prefácio, que outra também não foi a direção intelectual do *Curso de direito administrativo*, apresentado em 1979 na sua primeira edição, tão-somente porque a motivação do autor limitou-se ao realismo de afirmar com simplicidade os problemas como eles são *in concreto* e não como eles possam ser estudados especulativamente.

Embora certas verdades, no momento, venham sendo recebidas com perplexidade pela doutrina, bem pensando é preciso harmonizar o *ser* e o *dever-ser* com o que *é* com respeito às fontes legais, aos fatos jurídicos e às manifestações administrativas quando dimensionam relações e obrigações exatamente figuradas.

Acreditando, sinceramente, na modéstia do seu esforço estar abrindo clareiras novas para velhos problemas públicos, volta o autor à histórica lição de Montesquieu, ponderando: “*para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder*”.

M. de O. F. S.

--- 1.^a PARTE

- **POSIÇÃO JURÍDICA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**
- **PRINCÍPIOS GERAIS QUE REGEM OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**
- **ELEMENTOS E REQUISITOS ESSENCIAIS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**
- **RELAÇÕES E OBRIGAÇÕES NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

POSIÇÃO JURÍDICA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Sumário: 1. Visão geral da problemática. 2. Regime jurídico e finalidade. 3. Valores e condições. 4. Serviços administrativos e contratos. 5. Especialidade e objeto. 6. A determinação do objeto. 7. Os elementos no contrato administrativo. 8. Princípios comuns a todos os contratos. 9. A noção de serviço público. 10. Serviço público e atributos de validação.

1. VISÃO GERAL DA PROBLEMÁTICA

O contrato administrativo, na teoria e prática dos contratos jurídicos, não apresenta mais sequer dificuldades conceituais. O instituto consagrou-se na doutrina, alcançando estável posição no quadro das relações administrativas. Na prática, a teoria, identificada com realidades, harmonizou os pressupostos ¹.

A problemática, no entanto, indutiva de situações jurídicas particularizadas pela diversidade de conteúdo das instituições, assumiu figurações próprias, outro sentido de valor nas relações, transformando nos regimes o contrato *comum* em contrato *administrativo*. Nisto não vai, em face das realidades, qualquer imposição doutrinária. O que há, na elaboração dos conceitos, é apenas a influência de finalidades qualificadoras essenciais.

A técnica *civil*, de direito privado, deu vez à técnica *administrativa*, de direito público, explicando relações, não de dependência, mas de regime e sistematização, de sujeitos e de normas nos condicionamentos jurídicos, sobretudo na qualificação onde os limites estão marcados ou exatamente adequados às finalidades pretendidas.

A ninguém é estranho aceitar o Direito Civil na formação do Direito Administrativo. Principalmente numa primeira fase histórica das íntimas relações que existiram entre as instituições civis e as instituições administrativas. Lembrando que, no tocante ao Administrativo, este já hoje não se

1. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, Contratos administrativos e Características dos contratos administrativos, in *Curso de direito administrativo*, São Paulo, 1979, Caps. X e XI, p. 195 e 213.

encontra naquela chamada *zona nebulosa*, entre os limites do Direito Público e dos Códigos Civis².

Duas premissas aqui importam:

— uma para compreender que as normas jurídicas civis, não obstante hajam influído na formação das normas jurídicas administrativas, diferenciam-se nas finalidades e pelos fins certos;

— outra para conhecer que as normas do Código Civil, referentes aos contratos, não se aplicam *in genere* aos contratos administrativos, em razão dos critérios de natureza pública.

Dai por que se diga que o ato administrativo é um ato jurídico ou que o contrato administrativo é um contrato jurídico. O que distancia o ato administrativo do ato jurídico comum não é somente o sujeito ativo que declara a sua vontade. O que distingue o contrato administrativo do contrato comum não é somente o acordo consensual. A distância ou a distinção é de causa ou motivação, de finalidade a atingir, de interesse público ou de serviço público³. Vale o *querer* da Administração. A norma que protege a atividade administrativa. A lei e a maneira no exercício dos direitos. A legitimidade consagrando efeitos jurídicos.

2. REGIME JURÍDICO E FINALIDADE

Se o problema, portanto, numa análise de conjunto, é de finalidades, também é de conteúdo. O que acontece, com respeito às peculiares instituições, é que as esferas jurídicas fazem-se harmônicas, intercomunicantes

2. Jesus Luis Abad Hernando, *Autonomía conceptual de las instituciones del derecho administrativo*, Cordoba, 1967, p. 32. Na França, faz muito tempo, o *l'ancien régime* ou o que era *algo novo*, tendo em conta atos de autoridade e de gestão, ou de *puissance publique*, conduziram à institucionalização das figuras de conceitos indubitados, abrindo outros caminhos que o Direito Privado não poderia prover, principalmente em se tratando de responsabilidade estatal, de interesse ou de serviço público (v. Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, 1926).

3. Na atividade administrativa, além da contratual, os exemplos são muitos: nas desapropriações, nas servidões, no domínio estatal, nas locações, no regime dos bens, nas requisições. Todavia, o Direito Administrativo não depende do Direito Civil. A destinação, no Direito Administrativo, é fator de suma importância. Embora o Código Civil possua valor científico-jurídico indiscutível, não basta ao Direito Administrativo, para posicionar pessoas, atos na espécie ou contratos na especialidade. Tivesse um ilustre mestre francês o cuidado de se deixar sensibilizar pelas finalidades (v. Georges Renard, *Le droit administratif*, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, abr./jun. 1931), não diria por certo que entre o Direito Civil e o Administrativo não há identidade, nem separação, ou que este nasceu pela "via da imitação". A herança, na verdade, foi boa, necessária, previsível. Contudo, não impediu que o Direito Administrativo conquistasse normas programáticas de conteúdo distinto das normas do Direito Civil.

e marcadas de equilíbrio nos sistemas jurídicos positivos. Ninguém pode dizer no mundo moderno qual a mais importante, se a sociedade civil ou a sociedade política, se a organização constitucional ou a organização administrativa.

No melhor entender, tomando o problema equacionado tal como se apresenta, em virtude das práticas administrativas dominantes, tanto faz falar de contratos administrativos, de contratos da Administração ou de contratos com a Administração⁴. Tudo se resume na mesma fenomenologia, numa mesma figura de natureza diversa diante da ação estatal. Uma figura, por assim dizer, inconfundível nas hipóteses relacionais, embora preexistam as prerrogativas da Administração⁵, não havendo razão para a doutrina, como vem acontecendo, estabelecer inócuas diferenciações, porque, nas bases, o regime jurídico é *um só* na sua unidade primária e substancial⁶.

O que surpreende está no fator determinante *fim*, no elemento *finalidade*. Saber porque a Administração contrata e o que ela quer atingir nas contratações. Tudo o mais é inútil, não tem qualquer significação. Apenas resultado de especulações doutrinárias, de indecisões que na doutrina levantam pressupostos irrelevantes.

4. "O contrato é um negócio jurídico bilateral, tradicionalmente regulado pelo Direito Privado. Como fonte de obrigações repousa em certos princípios básicos como a *autonomia de vontade*, o *consenso das partes* e a *força obrigatória*. Em suma, o contrato pressupõe um acordo de vontades, livremente consentido que, uma vez formado, obriga as partes contratantes. Conforme a expressão consagrada, o contrato é lei entre as partes. O contrato é, assim, eminentemente uma *relação de Direito Privado*. Com raízes no Direito romano, a sua teoria se insere no Direito Civil e, de forma especial, no Direito Comercial. Qual deve ser, porém, o regime jurídico de contrato quando uma das partes é a Administração Pública? A simples presença de uma *pessoa administrativa* como parte no contrato bastará para caracterizá-lo como um contrato administrativo? A doutrina responde negativamente a essa última indagação" (v. Caio Tácito, Contratos administrativos, *R.D.Publ.*, 18:44, São Paulo, 1971). De nossa parte, como veremos, não compactuamos com a doutrina tradicional. A finalidade do contrato é que faz o *contrato administrativo*. Será muito mais simples a posição doutrinária que submeta a Administração a um fim de interesse público administrativo. Torna-se importante atender o *objeto* do contrato em razão do interesse público.

5. Em verdade, o interesse público, como finalidade qualificadora do contrato administrativo, na doutrina não tem a extensão que aparenta, porque "a Administração não goza livremente da prerrogativa de fazer variar a prestação, o que excluiria, por inteiro, a natureza bilateral e a formação consensual do contrato" (Caio Tácito, *op. et loc. cit.*, p. 45).

6. No tocante às origens, consulte-se: Eduardo Soto Kloss, La contratación administrativa: Un retorno a las fuentes clásicas del contrato, A propósito de la distinción contrato administrativo/contrato civil de la administración, in *Anuario de Derecho Administrativo*, Santiago de Chile, 1977/78, v. 2, p. 93-110.

3. VALORES E CONDIÇÕES

A espécie, ou o gênero, dos contratos administrativos não toma forma sem a presença de uma pessoa jurídica de Direito Público. Nessa presença atuante, sejam quais forem os objetivos públicos, a natureza contratual é administrativa. Visa o consenso um interesse da Administração, na sua competência para fazer e realizar⁷.

Acordo de vontades, bilateralidade ou pluralidade, criação de uma situação jurídica, fazem um contrato e também o contrato administrativo. Quanto aos valores de causa ou motivação, estes, sim, são determinantes do regime jurídico. Valores que, diante do objeto, hão de representar, *in casu*, interesses públicos e necessidades coletivas.

Como nos demais contratos comuns, não havendo nos administrativos vícios de consentimento e de capacidade, ficam presentes as condições de validade. *Condições* que, nos contratos públicos, igualam-se aos contratos privados, diante das obrigações e dos direitos⁸.

Não é pelo fato da interferência do Poder Público, de vir celebrado com particulares, que o contrato administrativo assume características específicas. A finalidade é o essencial na figuração, na conceituação. A Administração, quando age, não atua abstratamente; serve-se do direito ou da norma para atender programações públicas.

Seja de obras da cessão de fornecimento, de concessão ou de empréstimos, os fundamentos não escapam do acordo consensual, do que ficar estabelecido no pactuado entre partes, sobretudo com respeito à natureza do serviço a prestar ou a perseguir.

4. SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS E CONTRATOS

Substituindo a locução serviços *públicos* por serviços *administrativos*, ou eles se realizam diretamente pela Administração ou são realizados com a convocação de particulares. De uma maneira ou de outra, a *finalidade* determina virtualmente o caráter dos serviços conseqüentes das necessidades administrativas.

7. Recaredo F. de Velasco. Se distinguen y caracterizan por su objeto y finalidad, in *Los contratos administrativos*, Madrid, 1927, p. 21.

8. Não foi sem razão que velhos eminentes doutrinadores (Alfaro, Albella, Delgado e Santamaria de Paredes) consideraram os contratos administrativos como acordos de Direito Privado, da mesma natureza dos contratos civis, porém sofridos na finalidade de figurado interesse público. Assim, para eles, de um modo geral, sinalagmáticos e comutativos, genericamente os contratos administrativos, da Administração ou feitos com a Administração, são simples contratos.

Na base das necessidades administrativas há, contudo, uma ordem jurídica positiva a respeitar. Não se pode, em momento algum da atividade administrativa, desconhecer normas e princípios, violentar interesses e direitos, comprometendo o particular e irresponsabilizando a Administração.

Da legalidade do ato parte a legalidade do contrato, o ajuste permitido por meio de manifestação volitiva que compreende:

— a existência de serviço concreto indispensável à solução de problemas que envolvam imediatas ou mediatas imposições causais;

— a justificação de ato que, atendendo imposições causais, não contrarie a ordem jurídica e a permitida atividade, consoante as fontes legais.

Observe-se, para clarificar relações, que “a nomenclatura administrativa é a mesma do Direito Civil”⁹. Isto porque não se pode separar nem conflitar normas fundamentais, já que nos sistemas jurídicos quem merece proteção é o administrado e não a Administração.

Variante dos contratos civis, os administrativos como contratos são iguais aos privados, ficando em exame somente a finalidade. Está evidente que, sendo a Administração o *sujeito*, o serviço público passa a ser o *objeto*. Valendo o *objeto* na definição e conceituação.

5. ESPECIALIDADE E OBJETO

Em matéria de contratos, convém admitir, antes de tudo, que a diferença entre os contratos privados e os administrativos não é científica e sim de conhecimento prático-interpretativo. O problema, quando proposto, se reduz à finalidade. Fica circunscrito aos poderes jurídicos concedidos à Administração.

Considerando que não há atividade administrativa sem poderes jurídicos concedidos, o ato de autoridade nos contratos condiciona-se ao entendimento consensual, *entendimento* que não refoge da especialidade contida no objeto. Passando o *objeto* a determinar o caráter público sem nunca perder a inspiração de caráter civil¹⁰.

Impossível, portanto, tergiversar:

— “se o interesse for privado, teremos um contrato típico, de Direito Privado, que se modalizará ao infinito, e poderá ser tanto civil como comercial”;

— “se o interesse for público, teremos um contrato, sempre um contrato, mas para um fim de utilidade pública”¹¹.

9. Recaredo F. de Velasco, op. cit., p. 5.

10. Royo Villanova, *Elementos de derecho administrativo*, Madrid, 1926, p. 588.

11. Augusto Tavares de Lyra Filho, *Contratos administrativos*, Rio de Janeiro, 1941, p. 37.

Fora o objeto determinante e a finalidade qualificadora, “os contratos administrativos regulam-se pelos mesmos princípios que regem os contratos de direito comum, no que concerne ao acordo de vontades e ao efeito”, observadas, porém, para “aprovação e execução, as normas de Direito Administrativo”¹².

O pensamento doutrinário, em muito pouco alterou, por necessidades de ordem prática, as construções históricas¹³. A primeira equação continua a de saber distinguir os contratos administrativos nos regimes jurídicos, conforme as diferenças existentes na estrutura das contratações públicas.

6. A DETERMINAÇÃO DO OBJETO

Não há, basta verificar, nos contratos administrativos, *objeto* que não venha determinado¹⁴. Não havendo indeterminação, os elementos, que neles atuam, criam situações jurídicas com as mesmas exigências dos contratos de Direito Privado¹⁵.

Dois pontos merecem destaque para uma realística compreensão da problemática:

— “entre a Administração e o particular firma-se um contrato, acordo das partes com objeto determinado e recíproca constituição de direitos e obrigações”;

— “simplesmente, a execução desse contrato, porque respeita a realização de um fim de interesse público, fica sujeita à disciplina deste fim”¹⁶.

Os critérios, na formalização dos contratos públicos, conduzem a finalidades administrativas. Embora o regime jurídico fique sensibilizado pela natureza do serviço, no seu conceito o contrato administrativo faz relações estáveis, que decorrem necessariamente de precisas condições regradas.

Ditas *condições* refletem dois caracteres de conteúdo específico:

12. Ruben Rosa, *Direito e administração*, Rio de Janeiro, 1940, p. 34. Para consulta: Allan R. Brewer Carías — La evolución del concepto del contrato administrativo, *Jurisprudencia Argentina*, n. 5.076, Buenos Aires, 1978.

13. Marcello Caetano, Conceito de Contrato Administrativo, in *Estudos de direito administrativo*, Lisboa, 1974, p. 39 e 53.

14. “O objeto dos contratos administrativos é sempre determinado precisamente” (v. Marcello Caetano, op. cit., p. 45). V. Allan R. Brewer Carías, Las diversas formas contractuales del actuar administrativo, op. et loc. cit., p. 3-7.

15. “Em vez de indeterminação do objeto fica, pois, uma simples *faculdade* de modificar o quantitativo ou a forma das prestações” (v. Marcello Caetano, op. cit., p. 46).

16. Marcello Caetano, op. cit., p. 47.

— a “associação duradoura e direta do particular à realização dum fim administrativo”;

— a “submissão do particular, na execução das prestações convencionadas, a normas regulamentares preexistentes ou insertas no caderno de encargos”¹⁷.

Na verdade, colocados os contratos administrativos diante dos contratos comuns, domina a noção geral de contrato em todos os seus elementos. A variação consiste na presença de fatores autônomos. Privado ou administrativo, o ajuste consensual é sempre contrato.

7. OS ELEMENTOS NO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Do exato conceito jurídico de contrato administrativo, atendido os fatores de lei, vontade, formação e finalidade, depreende-se:

— a participação do Poder Público como elemento fundamental na atuação administrativa;

— a adesão do particular como elemento essencial no acordo declarado de vontades;

— o objeto na especialidade, impondo a finalidade do serviço a prestar.

Três, por consequência, são os elementos básicos, de origem e constitutivos:

— o Poder Público, Administração ou órgão administrativo;

— o particular, pessoa física ou jurídica, na sua capacidade para pactuar;

— o serviço que, pelas peculiaridades, integra-se nas esferas de competência administrativa.

Todavia, como estudaremos na devida oportunidade, “a primeira averiguação deve endereçar-se a determinar as categorias de contratos suscetíveis de entrar na competência da jurisdição administrativa”, pois na verdade os serviços públicos aparecem numa extensão só limitada pela norma ou pela lei¹⁸.

Vê-se por isso e agora a razão de ser do critério da finalidade, da correspondência “de fato entre a *atividade prosseguida* pela Administração

17. “Daqui extrai-se o seguinte conceito de contrato administrativo: é o acordo pelo qual a Administração associa duradoura e diretamente um particular à realização de qualquer dos seus fins específicos, sujeitando-o na execução das prestações convencionadas a normas regulamentares preexistentes ou insertas no próprio contrato” (v. Marcello Caetano, op. cit., p. 50).

18. João de Melo Machado, *Teoria jurídica do contrato administrativo*, Coimbra, 1936, p. 80.

e os *meios jurídicos* utilizados por ela”, a fim de assegurar a gestão de serviços conforme “a natureza dos poderes exercidos num ato de autoridade”¹⁹.

Daí por que os elementos citados ganham importância na caracterização do regime jurídico das contratações administrativas, não ficando aceitável qualquer posição doutrinária fundada na insuficiência dos elementos com respeito à comprovada realidade dos fatos motivantes.

8. PRINCÍPIOS COMUNS A TODOS OS CONTRATOS

A rigor, cumpre observar que os princípios gerais do Código Civil são os que podem ser aplicados aos contratos administrativos para a satisfação de necessidades públicas, e que tais contratos podem considerar-se como atos bilaterais²⁰. Ao hermenêuta, porém, em virtude do regime, compete verificar a *espécie* na finalidade.

O que importa: analisadas as contratações administrativas, fazem, como dissemos, condições especiais em alguns pontos práticos de relevância doutrinária:

- o que se refere aos *poderes* administrativos;
- o que diz com a *forma* dos contratos;
- o que decorre das *obrigações* provenientes da execução ou prestação.

Tanto os poderes como a forma e as obrigações constituem condições de qualificação jurídica, não obstante os regimes possam apresentar singularidades procedimentais²¹. Havendo poderes, a Administração garante prerrogativas para exceder-se nas exigências obrigacionais.

Por sua vez, quando a Administração propõe contratar-se, participa como pessoa jurídica, ressaltando no acordo a natureza do ato de vontade, sua matéria, sua finalidade. A *finalidade*, nas hipóteses duvidosas, tirando a doutrina e a jurisprudência de verdadeiros “círculos viciosos”²².

Finalidade e poderes, na consecução dos contratos administrativos, fazem as duas idéias básicas originárias, determinadoras de direitos que “correspondam a pessoas administrativas para realizar serviços públicos”²³.

19. João de Melo Machado, op. cit., p. 119-20.

20. Jacobo Wainer, *Contratos administrativos*, Buenos Aires, 1939, p. 29.

21. Gaston Jèze, *Les contrats administratifs*, Paris, 1927, t. 1, p. 14-8. V. Alberto Ramon Real, Los principios generales de derecho en el derecho administrativo, *Revista de la Universidad de Buenos Aires*, publicação em homenagem a Rafael Bielsa, Buenos Aires, 1979, p. 235-41.

22. Recaredo F. de Velasco, op. cit., p. 83.

23. Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif*, Paris, 1919, p. 10.

A noção de serviço público, o seu conhecimento na prática da atividade administrativa, explica e justifica o contrato administrativo. Sem dúvida, a amplitude da noção não prejudica, na diversidade das circunstâncias, os critérios materiais e formais.

9. A NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Ligada ao sentido de finalidade, a noção de serviço público é uma realidade concreta, de efetivação física ou material. Vem na tradição doutrinária mantendo características insuspeitáveis de conhecimento fático, sem jamais agasalhar abstrações.

Sabemos que “o serviço público é o eixo sobre o qual gravita o moderno Direito Administrativo”, ou seja, toda a variável gama de relações que exigem, na organização, atividades múltiplas conforme necessidades mediatas ou imediatas, a fim de o Estado atender “a todas as esferas da vida humana”²⁴.

No seu exato conceito, o serviço público, como *objeto* nas manifestações administrativas, requer saber:

- sobre a *finalidade* que a Administração deve cumprir;
- sobre a *pessoa* que atende o serviço;
- sobre o *regime* que regula o serviço²⁵.

Nos contratos as mesmas são as implicações de finalidade, pessoa, maneira de ser e regime. Tanto os serviços como os contratos nas áreas públicas possuem normas que os limitam; um objeto que determina a especialidade; efeitos que encerram faculdades administrativas.

10. SERVIÇO PÚBLICO E ATRIBUTOS DE VALIDAÇÃO

Conhecido *in concreto* o serviço público a prestar, as questões maiores traduzem enfoques doutrinários, posicionamentos casuísticos resultantes de necessidades administrativas, colocações que visam esclarecer diferenças:

- entre os contratos comuns e os administrativos;
- derivadas das possíveis diversidades formais;
- conseqüentes do objeto e da finalidade;
- nascidas do ato administrativo gerador de obrigações e direitos.

24. Carlos Garcia Oviedo, *La teoría del servicio público*, Madrid, 1923, p. 5-13.

25. Carlos Garcia Oviedo, *op. cit.*, p. 18-9.

A questão jurídica, portanto, que movimenta o pensamento doutrinário e ativa o conhecimento hermenêutico, provém:

- do serviço público na sua destinação;
- da formação dos contratos administrativos;
- da distinção que afasta os administrativos dos contratos comuns.

Questão jurídica, de regime jurídico, destinação, formação e distinção afetam o consentimento, a qualidade das contratações, o objeto do contrato, a causa da contratação e a forma, atributos de validação já que nas relações convencionadas ilegalidades podem ocorrer ²⁶.

Em razão do serviço público, do ato administrativo de vontade, parte o entendimento contratual, as conseqüências do ajuste consensual. Só depois surge a verificação dos atributos que passam a essenciais para a validade da convenção, harmonizando os princípios civis com os administrativos, no tocante às ilegalidades ²⁷.

Não deixando de apreciar os princípios civis, buscando para análise o objeto ou a finalidade, as distinções ficam indiscutíveis. Nos contratos *comuns* as regras convergem para a licitude. Nos *administrativos* a licitude busca interesses que variam conforme categorias.

26. André de Laubadère, *Les conditions de validité des contrats administratifs*, Paris, 1956, t. 1, p. 199-239.

27. “A administração, além das formas centralizadas e descentralizadas de prestação de serviços públicos, pode contratar a execução de obras e serviços reputados como sendo de interesse público com os administrados, ajustando preço, prazo e demais condições para a sua realização. Sempre que isto ocorrer, estaremos diante de um contrato administrativo” (v. Henrique Naigeboren, *Contrato administrativo*, PUC, São Paulo, 1979, p. 4, original inédito).

“Como regra geral, sem maiores divagações, poderia se afirmar que o contrato administrativo equipara-se ao contrato civil. Entretanto, não podemos esquecer que em estrita obediência a um dos princípios básicos do Direito Administrativo, que é o *princípio da legalidade*, este modula e delimita todo o Direito Público, não sendo dado ao administrador dos interesses públicos o direito de agir e posicionar-se como fosse particular” (v. Henrique Naigeboren, *op. cit.*, p. 25).

PRINCÍPIOS GERAIS QUE REGEM OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Sumário: 11. O acordo nos efeitos jurídicos. 12. As regras nos princípios. 13. A finalidade qualificando o interesse. 14. Competência e modos procedimentais. 15. Evidência pública e contrato administrativo. 16. Os fatores na legalidade. 17. A Administração como pessoa jurídica. 18. Poderes e deveres nos contratos administrativos. 19. As espécies nas categorias.

11. O ACORDO NOS EFEITOS JURÍDICOS

Compreendido que os contratos possuem uma mesma e comum origem histórica, tanto os privados como os públicos assemelham-se no tocante à consensualidade, identificam-se como instrumentos jurídicos, consumam-se onerosos e comutativos. Dependem, por certo, no entendimento, do que for ajustado e formalizado.

Sem exceções especulativas, todo contrato, privado ou público, é resultante de dois princípios básicos:

- o de que faz lei entre as partes, *lex inter partes*;
- o de que exige respeito ao pactuado, *pacta sunt servanda*.

O primeiro, como princípio geral, obriga as partes e não permite alteração do que ficou convencionado. O segundo, como princípio administrativo, submete as partes ao cumprimento fiel do que reciprocamente consagraram. De um lado o particular, de outro a Administração, constitui-se o acordo nos efeitos jurídicos.

Embora *pacto consensual*, o contrato administrativo supõe um interesse público. Não há, portanto, na esfera da Administração, ampla liberdade para contratar¹. Só por intermédio do interesse público pode buscar

1. “No Direito Privado a liberdade de contratar é ampla e informal, salvo as restrições da lei e as exigências especiais de forma para certos ajustes, ao passo que, no Direito Público, a Administração está sujeita a limitações de conteúdo e a requisitos formais rígidos, mas, em contrapartida, dispõe sempre dos privilégios administrativos para a fixação e alteração das cláusulas de interesse público e até mesmo para pôr fim ao contrato em meio de sua execução” (v. Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo, 1978, p. 182).

a colaboração particular. O interesse público, *in casu*, dando à Administração privilégios administrativos.

O interesse público, quando vinculado à idéia de serviço público, informa quanto à natureza da contratação administrativa. No mais das vezes, interesse e serviço identificam-se na atuação estatal. Constituem uma mesma *unidade*: o interesse leva ao serviço, o serviço realiza o interesse.

12. AS REGRAS NOS PRINCÍPIOS

Observa-se que o contrato administrativo, como todas as demais manifestações contratuais na fenomenologia jurídica, define um acordo de vontades, gerador de obrigações. No acordo de vontades reside o entendimento convencional e o vínculo das obrigações².

A expressão *gerador de obrigações* aparece na doutrina “constituindo consequência da atividade de gestão pública, isto é, de *gestão pública* ligada a procedimentos bilaterais ou plurilaterais decorrentes do acordo de vontades”³.

Além dos princípios básicos adiante lembrados, do contrato fazendo lei entre as partes e do respeito pela submissão ao pactuado, dois outros, em face dos *efeitos*, permanecem nas relações efetivadas:

- o da *finalidade* na especialidade;
- o da *regularidade* no funcionamento dos serviços contratados.

2. “Embora os contratos administrativos assemelhem-se aos contratos celebrados entre particulares, são *administrativos* em razão dos fins e pelas relações que estabelecem entre o Poder Público e o particular, *relações* que alimentam-se do forçado interesse público. Como operação jurídica, submetida a regime jurídico próprio, os contratos administrativos hão de compreender: *a*) a existência do interesse público; *b*) de interesse que seja de serviço público; *c*) bilateralidade na declaração de vontades; *d*) acordo de vontades opostas tendo em mira produzir efeitos jurídicos. Quanto à figura do contrato administrativo não é uma cópia do Direito Privado ou do Direito Civil, já que a finalidade (interesse público ou serviço público) transcende a figura jurídica de contrato ocupando outros espaços consensuais e obrigacionais” (v. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Curso de direito administrativo*, São Paulo, 1979, p. 197). Idem, *Atos administrativos*, atos unilaterais e bilaterais, São Paulo, 1980, p. 148.

3. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Curso*, cit., p. 198.

“O procedimento de formação da vontade administrativa contratual não se confunde com o contrato, que é o resultado do encontro daquela com a vontade do co-contratante (pessoa física ou jurídica, privada ou pública, estatal ou não estatal). O vínculo contratual somente nasce quando se enlaçam a vontade do Estado e a do co-contratante, pelo procedimento legal previsto para o caso. Devemos distinguir, por isso, um *procedimento pré-contratual*, prévio ao contrato, de formação ou preparação, e um *procedimento contratual*, ou de execução” (v. José Roberto Dromi, *Contratação administrativa*, trad. Jorge Arthur Morsch, RCGERS, Porto Alegre, 1979, p. 32).

Nos contratos públicos, determinada a *finalidade*, por força dos princípios que regem as contratações, as obrigações não são impostas por lei. Havendo permissão legal para contratar, os efeitos, correspondendo à finalidade, traduzem *capacidade* administrativa para a realização de obras e serviços.

Capacidade e livre consentimento exteriorizam-se:

- pela competência administrativa;
- pela personalização do particular.

Constituem, se não princípios, porém regras relativas aos princípios. Sendo de anotar, na formação e formalização, que as regras são as comuns, obrigando a Administração e a pessoa privada. Muito embora a finalidade venha para atender o funcionamento de um serviço ou para prestar serviços nas hipóteses legais permitidas.

13. A FINALIDADE QUALIFICANDO O INTERESSE

Já que todos os contratos têm uma finalidade pública exclusiva, passam a *administrativos* também os de caráter civil realizados pela Administração, tendo em conta as *regras comuns*, a interferência direta da pessoa administrativa e o serviço a consumir.

Não importando a *natureza* do serviço, as regras comuns, relativas à posição da Administração, resumem-se:

- na *competência*, condicionando órgãos e agentes;
- na *capacidade*, em face do livre consentimento;
- na *finalidade*, dizendo do objeto lícito e possível;
- na *motivação* determinante, consoante o interesse de serviço;
- na *forma*, decorrente da motivação e da espécie interesse/serviço.

Com respeito aos princípios e às regras aplicáveis vêm consubstanciadas na melhor doutrina ⁴. Acontecendo, entretanto, como ponto de partida, que “a verificação da capacidade e da competência faz questão da mais alta importância” ⁵, tanto para a existência do contrato como para sua validade jurídica.

Acaso a finalidade qualifique o interesse de serviço dando nome à contratação, numa análise de valor jurídico os contratos administrativos exigem, desde a formação, exatos poderes jurídicos. Daí a existência de uma autoridade pública competente, seja órgão ou agente; de uma pessoa capaz de receber direitos e prover obrigações.

4. Gaston Jèze, *Théorie générale des contrats de l'administration*, in *Les principes généraux du droit administratif*, Paris, 1934, 1.^a parte, p. 3-6.

5. Gaston Jèze, *op. cit.*, v. 1, p. 8-11.

14. COMPETÊNCIA E MODOS PROCEDIMENTAIS

Fica a Administração, em todo contrato administrativo, sujeita à competência e aos modos procedimentais. Quanto ao particular, participante como parte, à capacidade para ter vontade; a *capacidade* vinculada às exigências da execução do pactuado.

Todavia, o vínculo contratual administrativo não se faz livremente. É preciso que o interesse público agasalhe um serviço figurado e que a Administração, na sua atividade, demande soluções que garantam licitude nas relações criadoras de situações jurídicas.

Trazendo uma finalidade *certa*, possível e exequível, contendo obrigações realizáveis ou a realizar, gerando situações jurídicas sobretudo onerosas, o contrato administrativo, quando celebrado, gravita em torno de encargos e responsabilidades⁶.

A questão não é de escolas, embora possa ser de regimes. Deixou de ter sentido a indagação sobre a existência ou a inexistência dos contratos administrativos⁷. Eles existem, e isto basta! Com a Administração oferecendo direitos e o particular aceitando encargos; tornando as partes responsáveis.

A posição, evidentemente clara, considerando encargos e responsabilidades, é aquela que aceita a interveniência subjetiva da Administração, responsável na origem pelo acordo de vontades, querendo fazer e realizar, buscando o particular para responder por finalidades que ela mesma condiciona.

15. EVIDÊNCIA PÚBLICA E CONTRATO ADMINISTRATIVO

Pois bem, examinando relações e situações jurídicas, cada contrato, mesmo *comum*, que a Administração formalize, vem precedido de atos administrativos. Por isto, os contratos de evidência pública, ou seja, de finalidade essencial pública, constituem contratos administrativos⁸.

6. A imprecisão doutrinária, quase sempre, tende a discutir posições especulativas. Não deve ser assim. O importante reside na finalidade *certa*. Não há colocação jurídica não ajustada aos regimes jurídicos positivos. Dizer sobre o que existe é o papel lógico do hermenêuta. Polemizar sobre o que não existe constitui pensamento contrário à realidade.

7. Julio A. Prat, *Existen los contratos administrativos?* in *Derecho administrativo*, Montevideo, 1978, t. 3, v. 2, p. 216.

8. Massimo Severo Giannini disciplina os contratos entre ordinários e especiais, diante da evidência pública (v. *Lezione di diritto amministrativo*, Milano, 1970, t. 1, p. 670). Ora, a evidência está na finalidade perseguida. Examinada a finalidade, qualifica-se a contratação.

No mais, mesmo em se tratando de contratos, a Administração, ao oferecer poderes, não o faz ilimitadamente. Ajusta-se sempre a condições inafastáveis. Na sua autonomia, as partes dependem da lei, tanto a pessoa pública, como a pessoa privada ⁹.

Vigem, para os contratos administrativos, no tocante à legitimidade e à validade, os preceitos jurídicos que regulam os atos administrativos. Preceitos cuja observância subordina a Administração com respeito à norma e à tutela de um determinado interesse público.

Por isso, a evidência pública, ao mesmo tempo em que diz com a existência do contrato administrativo, diz também com os princípios reguladores, com a relativa autonomia dos participantes, com a lei aplicável, a legitimidade e a validade.

Os enfoques, nas contratações administrativas, não são apenas conceituais e terminológicos; conduzem o analista a fenômenos reais, constantes na atividade estatal, permanentes nas relações necessárias entre Administração e administrado.

A evidência pública, entretanto, nos acordos com a Administração, quando se juntam as vontades na formalização dos contratos, concretiza uma finalidade certa e possível, tão certa que dá ao relacionamento especialização jurídica genérica no Direito Administrativo.

16. OS FATORES NA LEGALIDADE

Do lado do Estado, da Administração, a posição privilegiada do Poder Público acontece tão-somente existir naquele momento em que impõe condições para a execução de serviços. A finalidade, esta sim, compromete as partes e afeta a normalidade das relações.

Passa o interesse público a atuar quando se violentam disposições regradas, descumpre-se o acordo consensual, infringem-se normas na prestação do ajustado. Assim não acontecendo, havendo normalidade nas relações, o contrato vige na extensão dos efeitos perseguidos ¹⁰.

Na verdade, o que se quer, nas contratações administrativas, são três coisas:

— que resguarдем o interesse público, motivo da contratação;

9. Guido Zanobini, Autonomia pubblica e privata, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, v. 4, p. 183-5.

10. Não se justifica, hoje em dia, com a evolução prática e positiva do Direito Administrativo, empecilhos doutrinários, que possam dificultar a exata conceituação dos contratos administrativos. Possuem preferência, sem dúvida, as equações simples de lógica jurídica. Admitindo-se, nas hipóteses, que um contrato é *civil* pelos fins civis, é *comercial* pelos fins comerciais e *administrativo* pelos fins públicos que a Administração persegue, só pelo fim, ou finalidade, discrimina-se a natureza contratual.

- que o serviço a prestar na execução seja regular e contínuo;
- que a finalidade fique exaurida depois de o contrato atingir os efeitos.

Num regime jurídico natural, ordenado de garantias, está claro que a legalidade faz princípio fundamental, que a lei está na origem do ato permissivo do contrato. Não são apenas pressupostos teóricos que influem na formação dos contratos administrativos ¹¹.

Influem fatores que, na realidade, dão-lhe conteúdo na especialidade, ou condições, repetimos, que resultam da seguinte equação:

— capacidade + legitimidade = competência contratual;

— competência + objeto possível e lícito = capacidade contratual.

Dizer que o contrato administrativo possa deixar liberta a Administração no sentido da avaliação do interesse público, o equívoco é de conhecimento jurídico, ou seja, quanto o que o orçamento jurídico positivo imperativamente estabelece. A pessoa pública, na atividade, tem o mesmo tratamento da pessoa privada.

No entanto, ao contrário da pessoa privada, em matéria de contratação, a vontade de contratar depende de regras jurídicas, de razões que não acobertam o arbítrio. As técnicas de Direito Privado, utilizadas pelo Direito Público, limitam a Administração conforme a lei e a vontade geradora de obrigações recíprocas.

17. A ADMINISTRAÇÃO COMO PESSOA JURÍDICA

Ninguém desconhece que “a Administração pública, querendo ou não os doutrinadores, contrata de maneira contínua, prolífera e intensa para obter bens e serviços de terceiros que não participam da organização estatal” ¹². E o que fica estabelecido faz acordo criador de relações jurídicas.

Na literatura da metade do século, inclusive, onde as colocações podem não ser harmônicas, a atividade contratual administrativa ganhou significativas projeções fundamentais ¹³, afirmando princípios e regras para todas as figuras, especialmente com respeito ao processo de formação.

11. Cabe aqui, ao início deste estudo, apontar no Brasil o Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967. Diploma no qual os princípios informadores ficaram normatizados fazendo direito positivo; fundamentando critérios jurídicos para todos os tipos de contratos nas licitações; valorando a concorrência, a tomada de preços e o convite; ressaltando a importância do edital, lei reguladora, se assim podemos chamar, do processo licitatório.

12. Bartolome A. Fiorini, *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1968, t. 1, p. 409.

13. Anotar, entre os clássicos: Recaredo F. de Velasco, *Los contratos administrativos*, Madrid, 1927; Sabino Alvarez Gendín, *Los contratos públicos*, Madrid, 1934; Mario Gallo, *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, Padova, 1936; Jean Rouvière, *Les contrats administratifs*, Paris, 1930; Cesare Cammeo, *I contratti della*

Sem dúvida, entendida a realidade contratual nas relações com a Administração, a simples “existência do contrato administrativo comporta um caráter normativo que rege a todo contrato”, mas que *in casu* se distingue “pela especificidade administrativa”¹⁴.

Apesar dos diferentes regimes, “o contrato, como categoria genérica e ato jurídico”, tem como ponto de partida definir “todo acordo de vontades gerador de obrigações e destinado a produzir efeitos jurídicos”¹⁵. Nada mais que isto.

Ad argumentandum, “nem a figura do contrato é incompatível com o Direito Público, nem os contratos regulados pelo Direito Público pertencem a gênero diferente dos que conhecemos no Direito Privado”¹⁶. É como pessoa jurídica pública que a Administração entra em relações jurídicas com os administrados.

Nos contratos, considerados *administrativos*, a relação nasce não somente do encontro de vontades, mas também do interesse definido pela natureza do serviço. A finalidade, determinante do objeto, qualifica poderes e deveres relativos ao acordo realizado.

18. PODERES E DEVERES NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Não se diga que, após formalizado um contrato administrativo, poderes e deveres não tornem inexistentes prerrogativas públicas antes existentes. Na verdade *sim*, porque as obrigações contraídas se resolvem na prestação ou execução, conforme condições exemplarmente capituladas.

Com “metodologia normativa idêntica à do Direito Privado”, nos contratos administrativos, os poderes e deveres têm origem “no processo de formação”, ganhando os mesmos elementos e quase as mesmas denominações, já que o “contrato inominado se desconhece no Direito Administrativo”¹⁷.

pubblica amministrazione, Firenze, 1954; M. A. Berçaitz, *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, 1952; Georges Péquignot, *Théorie générale du contrat administratif*, Paris, 1945; com maior importância: Gaston Jèze, *Théorie générale des contrats de l'administration*, in *Les principes généraux du droit administratif*, Paris, 1936; André de Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris, 1956; Henri Zwalhen, *Le contrat de droit administratif*, Zürich, 1958.

14. Bartolome A. Fiorini, op. cit., t. 1, p. 411.

15. Juan Carlos Cassagne, Los contratos de la administración pública, in *Estudios de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1975, t. 1, p. 24.

16. Marcello Caetano, *Princípios fundamentais de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1977, p. 219.

17. Bartolome A. Fiorini, Elementos esenciales del contrato administrativo e Todos los contratos administrativos son nominativos, in *Manual*, cit., t. 1, p. 411-12.

Contudo, na fenomenologia das contratações administrativas, “o serviço público e a utilidade pública” fazem “critérios determinantes do contrato em razão do seu objeto”¹⁸; voltando sempre a finalidade a constituir exigência prévia entre a motivação e os efeitos.

Evidentemente, alguns pressupostos antecedem a formação do contrato administrativo, a conhecer:

- o da função na organização administrativa;
- o da atividade peculiar e própria;
- o do sujeito na relação administrativa;
- o da finalidade precisando a natureza do serviço público¹⁹.

Tais pressupostos, no gênero administrativo, à maneira dos contratos civis, integram-se aos elementos essenciais de competência, capacidade dos contraentes, mútuo consenso e objeto possível diante da finalidade de serviço.

Se a Administração, ao contratar, continua vinculada ao interesse público, também fica obrigada às cláusulas de sujeição, isto é, aos compromissos assumidos, deveres e obrigações decorrentes dos poderes exercitados.

Na *boa* execução, o contraente público não se divorcia do interesse público, todavia, também não se desvincula das estipulações insertas nas condições pactuadas. Na *má* execução a tutela do interesse público domina objetivamente.

19. AS ESPÉCIES NAS CATEGORIAS

Realmente, diante do direito *posto* e das práticas administrativas, desde o acordo de vontades até o momento da execução ou da prestação do serviço, as contratações públicas envolvem outras questões ligadas à natureza do ajustado conforme *tipo* de finalidade alcançada ou a alcançar.

No instrumento do acordo, isto é, na formalização do contrato, nas fases e pelo tempo de execução, as modalidades tipificam as espécies nas categorias. A categoria agregando espécies na variedade de obras e serviços, em face do objeto que individualiza o contrato²⁰.

Exemplificando: tanto nas concessões de serviço como nos contratos de obras públicas, as variantes são tão características que pluralizam o objeto, consoante diversificadas finalidades. Bem analisando, os elementos

18. Juan Carlos Cassagne, op. et loc. cit., t. 1, p. 31.

19. Manuel Maria Diez, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1965, t. 2, p. 452-55; Rafael Bielsa, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1964, t. 2, p. 172.

20. “Temos insistido na importância que reveste na execução do contrato o seu objeto. O objeto individualiza o contrato de tal forma que a sua substituição corresponderia à extinção de uma relação contratual e à formação de outra nova” (v. Marcello Caetano, *Princípios*, cit., p. 239-40).

essenciais ficam variáveis no regime da competência. Também na formação do contrato influem critérios procedimentais.

A nota diferencial entre os contratos administrativos, embora os elementos essenciais possam ser comuns, é a colocação pelo *objeto* de cada acordo consensual na sua categoria. Nas concessões, evidentemente, há espécies de serviços que se integram na mesma categoria.

Assinale-se, entretanto, que às partes intervenientes cabem posições criadoras de situações jurídicas, *situações* que virão produzir efeitos jurídicos na esfera administrativa e fora dela. O exercício da função compromete a Administração. O recebimento do serviço, por consequência, obriga o particular contratante.

ELEMENTOS E REQUISITOS ESSENCIAIS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Sumário: 20. Entendimento convencional. 21. Elementos + requisitos. 22. Subelementos + sub-requisitos. 23. Limitações da Administração. 24. Interesse e norma aplicável. 25. Obrigações na formação dos contratos. 26. Eficácia no serviço a ser prestado. 27. O interesse particulariza situações. 28. Autonomia da vontade nos limites legais.

20. ENTENDIMENTO CONVENCIONAL

Sem entendimento *convencional*, pressuposto elementar do acordo entre partes, não surgem as obrigações recíprocas¹. Embora a finalidade se diversifique pelo objeto-conteúdo do contrato, o importante é que tais acordos jurídicos, para vigerem, sejam concluídos pela Administração.

Como todo ato administrativo, o “contrato possui elementos essenciais que não estando presentes prejudicam sua validade e eficácia”². Desdobram-se, os elementos essenciais, no seguinte quadro:

Elementos essenciais	subjetivo; conteúdo-objeto; motivação; finalidade.

O *subjetivo* afeta o sujeito administrativo. O *conteúdo-objeto* fala do interesse público. A *motivação* leva a uma imposição originária de causa.

1. Diga-se que as distinções focadas pelo mestre francês André de Laubadère passaram hoje a irrelevantes. Administrativos ou de administração, de direito comum ou privado, os contratos, quando concluídos pela Administração, em face de um interesse público, fazem contratação administrativa (v. *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris, 1956, t. 1, p. 8-144). Resolve-se o conhecimento da figura contratual, sobretudo pela finalidade. O interesse público (objeto) harmonizado com a finalidade (serviço público), dando ao acordo característica eminentemente administrativa.

2. Julio A. Prat, Los actos y los contratos administrativos, in *Derecho administrativo*, Montevideo, 1978, t. 3, v. 2, p. 230.

A *finalidade* refere-se à natureza do serviço a prestar. Todos eles, numa unidade, perfeccionando o contrato público.

O entendimento *convencional* só se valida e ganha eficácia quando os elementos essenciais se integram um após outro, correspondendo a uma síntese estrutural que dá constituição ao contrato administrativo e forma instrumental ao ajuste consensual.

21. ELEMENTOS + REQUISITOS

Da análise dos elementos convém ao hermenauta conhecer os requisitos também essenciais, porque se na teoria os elementos dão a idéia do contrato administrativo, na prática os requisitos legitimam nos regimes o entendimento convencional.

Qualquer exame de valor jurídico e de maior penetração há de atender a elementos e a requisitos, pois, conforme o quadro que segue, os segundos decorrem dos primeiros:

Requisitos essenciais	$\left\{ \begin{array}{l} \text{acordo consensual;} \\ \text{competência e capacidade;} \\ \text{objeto lícito e possível;} \\ \text{forma prescrita em lei.} \end{array} \right.$

Não se valida o acordo consensual sem competência de parte da Administração e capacidade no tocante ao administrado. A matéria, na peculiar relação jurídica, é de licitude nos propósitos, possibilidade no *querer* e de explícita norma legal.

Por isso, conhecemos e sabemos da existência no Direito “de um certo número de contratos, chamados administrativos, em razão das partes intervenientes e também da sua finalidade de interesse público”³. Entre particulares, capacidade e licitude são os elementos que bastam no pacto contratual.

22. SUBELEMENTOS + SUB-REQUISITOS

Estudado, no entanto, o ato administrativo bilateral, que exterioriza manifestação pública e possibilita o entendimento de duas ou mais vontades, ainda não temos o contrato com a Administração realizado nas relações efetivamente consagradas⁴.

3. Themístocles Brandão Cavalcanti, Dos contratos administrativos, in *Teoria dos atos administrativos*, São Paulo, 1973, p. 245.

4. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, Os atos administrativos bilaterais, in *Atos administrativos*, São Paulo, 1980, 9.^a parte, Cap. XXXVI.

Integram, a mais, um contrato administrativo, subelementos que, além de específicos, ficam assim esquematizados:

Subelementos específicos	- qualificação das partes; - nominação do acordo; - condições de execução; - obrigações e sanções.

O primeiro, pelo que se observa, trata do elemento subjetivo, da competência e da capacidade dos contratantes. O segundo visa o interesse público vinculado à finalidade. Os dois últimos preveem os termos do acordo a ser regulado e exatamente cumprido.

Os sub-requisitos, indispensáveis a todos os contratos, na especificidade, integram-se aos requisitos, porque sem eles as contratações não assumem caráter concreto na execução, inviabilizando os efeitos perseguidos. Constituem, assim, o núcleo do próprio acordo, a saber:

Sub-requisitos específicos	- tempo de vigência; - cláusulas obrigacionais; - cláusulas de revisão; - cláusulas de rescisão.

O mútuo ou recíproco entendimento entre os contratantes corresponde nos contratos comuns e em igualdade nos administrativos:

- ao início de vigência da prestação ou execução;
- ao término pelo cumprimento do pactuado.

Normal a prestação ou a execução, porém, outras figuras no interesse público podem ativar-se, a exemplo das possíveis renovações, alterações, rescisão antecipada, caducidade, atingindo, pela prorrogação ou pelo desfazimento, as existentes situações contratadas.

23. LIMITAÇÕES DA ADMINISTRAÇÃO

Conhecidos os elementos, os requisitos, os subelementos e os sub-requisitos, melhor se torna a interpretação dos contratos administrativos quanto à validade, eficácia e efeitos jurídicos, já que conforme o direito objetivo há o *poder de querer* e condições que legalmente dão validade.

No Direito Administrativo, como no Direito Privado, não obstante a presença dos elementos e dos requisitos, dos subelementos e dos sub-requisitos, tendo em vista o serviço público, *objeto e finalidade* devem corresponder a coisa certa e determinada ⁵.

5. À semelhança dos atos administrativos, nos contratos, os vícios de consentimento podem invalidá-los. O erro, o dolo, a coação, a simulação e a fraude, em face do interesse e do serviço público, afetam a certeza do ajuste e prejudicam os

Todas as limitações da Administração, no tocante às contratações administrativas, resumem-se:

- em dar para fazer o que ela própria não possa fazer;
- na motivação, ou causa, justificando a transferência de serviços;
- na lei que permita conceder poderes e meios ao administrado;
- nos meios legais que adote em face do desejo de real satisfação do interesse que provocou a vontade do agente.

Portanto, para o hermeneuta, a única posição aceitável é a de pôr em confronto nas contratações administrativas o interesse de serviço público com os atos, preceitos, elementos e requisitos que possibilitem normais conseqüências jurídicas nas relações contratuais.

24. INTERESSE E NORMA APLICAVEL

A dimensão, no entanto, do interesse público quando concreto, nas hipóteses de contratação, deve ser aquela determinada pela norma, mediante princípios jurídicos. Quando muito, fica a Administração com a prerrogativa de avaliar o interesse em face da norma aplicável.

A Administração é, no momento em que se fixa na vontade de contratar, remetida pela lei às regras técnicas adequadas, sem prejuízo porém do interesse de serviço público. Convém, todavia, não perder de vista que o conceito de contrato administrativo funciona em razão do interesse da competência e do serviço.

As *máximas* se encontram cristalizadas nos elementos e requisitos, verdadeiros preceitos de Direito Público, *valores* que nas relações ajustadas marcam legitimidade administrativa. A legalidade e o mérito amparando a preeminência do interesse público ⁶.

A norma aplicável, sem dúvida, quando autorizativa, condiciona a Administração porque não exclui princípios e regras jurídicas, tudo conforme simples equação:

resultados. A Administração, quando busca a colaboração do particular, não pode partir de idéias falsas, de expedientes astuciosos, de fatores coativos, da intenção danosa ou de presumida má fé. Tem de ter uma causa, ou motivação, determinante das obrigações assumidas. É claro que, além da lei, existem, para os contratos públicos, esquemas legais. Sobretudo para os negócios jurídicos é a vontade dos sujeitos que legitima o ato e individualiza o interesse, dentro, porém, dos esquemas legais. No Direito Administrativo, os atos que resultam em contratos são típicos, limitando por isso o papel da vontade. É necessário, portanto, interrogar o direito positivo para saber da validade dos contratos. Nos contratos administrativos, a exequibilidade e a execução, fazendo eficácia, são manifestações pactuadas. Tudo nos leva à convicção de que o problema se resolve por meio dos elementos e requisitos, dos subelementos e sub-requisitos.

6. Recaredo F. de Velasco, Los contratos administrativos, "*Las formalidades legales exteriorizan la validez del consentimiento*", Madrid, 1927, p. 63.

norma + princípios-regras = contrato administrativo.

Portanto, a preeminência do interesse público não faz única e exclusiva determinante. A vontade, ao declarar o querer administrativo, prende-se a procedimentos impostos por lei, completando o entendimento da validade no processo de legitimação contratual.

A questão, se fosse apenas de vontade ou de querer administrativo, unilateralizaria a conduta pública, permitiria o arbítrio nas decisões que viriam a ser bilaterais. O equilíbrio, nos contratos, reside precisamente no realce das estreitas relações jurídicas.

25. OBRIGAÇÕES NA FORMAÇÃO DOS CONTRATOS

Embora pareça prenhe de complexidades, nunca para a doutrina será razoável entender o contrato administrativo, afastando os elementos, os requisitos, os subelementos e os sub-requisitos, nem analisá-lo sem, no exame do conteúdo, verificar como se integram as obrigações.

Já que a matéria nos contratos é de acordo consensual, nos *administrativos*, em torno de um interesse público, a qualificação *sinalagmática* domina os vários aspectos intrínsecos, sobretudo no sentido da bilateralidade, da comutatividade e da onerosidade⁷.

Na verdade, quando formalizados, os contratos administrativos fazem-se estáveis. Jamais serão instáveis *a priori*. O problema da *instabilidade*, não necessariamente, decorre da execução ou da exequibilidade. Fatores que, diante das obrigações, afetam a eficácia.

Realizado o acordo, firmadas as obrigações na formação dos contratos, o que resta chama-se, na ordem jurídica, *cumprimento do pactuado*. As demais questões que possam surgir equacionam-se no procedimento executório, na inadimplência ou em fatos supervenientes.

Tudo, porém, na problemática, parte da formação do contrato administrativo e da sua peculiar estrutura jurídica, pois no processo chamado *formativo* as distintas etapas ou fases seguem contínuas até atingir uma *síntese* representada na finalidade do serviço⁸.

Somente a finalidade, o interesse, a utilidade ou a necessidade pública não sancionam contratações de serviços. A validade e, por consequência,

7. "Em princípio, todo contrato é um negócio bilateral e comutativo, isto é, realizado entre pelo menos duas pessoas que se obrigam a prestações mútuas e equivalentes em encargos e vantagens. O contrato administrativo é sempre consensual e, em regra, *formal, oneroso, comutativo* e realizado *intuitu personae*" (v. Hely Lopes Meirelles, *Licitação e contrato administrativo*, São Paulo, 1975, p. 178-81).

8. Bartolome A. Fiorini, *Carácter esencial del proceso de formación de la voluntad contractual*, in *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1968, t. 1, p. 423.

a legitimidade têm suporte no exame das etapas ou fases que, quando regulares, permitem a apreciação interpretativa da adequada e normal conduta administrativa.

26. EFICÁCIA NO SERVIÇO A SER PRESTADO

Quanto ao interesse público, que incumbe à Administração e nas contratações vincula o particular administrado, conduz, da análise do problema nas relações efetivadas, ao conhecimento:

- da bilateralidade;
- da comutatividade;
- da onerosidade;
- da estabilidade no ajustado;
- da executoriedade;
- da exeqüibilidade;
- da eficácia.

Quando se diz que o contrato administrativo tem caráter *sinlagmático* é porque cria obrigações recíprocas para ambas as partes, *obrigações* de receber e de prestar. O regime, por isso, nas peculiaridades fáticas, se apresenta uniforme a partir do ato unilateral de vontade.

Evidentemente, o que se quer da Administração, enquanto o interesse público permanecer atual e concreto, é o equilíbrio entre as partes intervenientes, a exigência de que o acordo seja viável na sua finalidade, que o serviço venha a ser prestado com eficácia⁹.

A falta de eficácia pode tornar duvidosa a execução, inoperante o acordo consensual, impossível a finalidade. Tratando-se de interesse, ou serviço público, a eficácia inexistindo afeta a exeqüibilidade e a executoriedade, levando a instabilidade nas relações ajustadas.

27. O INTERESSE PARTICULARIZA SITUAÇÕES

Na melhor tradição positiva, “por mais gerais que sejam os termos em que estiver concebida uma convenção, ela só compreende as coisas sobre as quais parecer que as partes contratantes se propuseram contratar e não aquelas que não pensaram”¹⁰.

9. A eficácia “resulta da simples reunião dos elementos, revestidos de validade. Estritamente ligada à presunção de legitimidade, uma vez existentes e válidos os elementos constitutivos, está garantida a normal eficácia contratual” (v. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1974, p. 125).

10. Manoel Ignácio Carvalho de Mendonça, *Contratos no direito civil brasileiro*, Rio de Janeiro, 1938, t. 1, p. 24.

Com muito mais razão no Direito Administrativo, onde a idéia de interesse ou de serviço público, em vez de generalizar, *particulariza* as situações jurídicas, valendo, na prática, os preceitos teóricos, quando dependentes dos elementos e requisitos.

Mesmo no sentido amplo a palavra *interesse* ou a expressão *serviço*, na organização administrativa, não correspondem senão a qualificações definidas nos efeitos perseguidos¹¹, querendo isto dizer que o intuito das partes não escapa da substantividade e da adjetividade.

O que se acha na finalidade de um contrato administrativo, em termos de direitos e de obrigações escritas, não é mais apenas a intenção comum das partes, *vontades* à procura de outras intenções ou resultados contrários às situações criadas de fato e de direito.

Nos contratos administrativos, pois, é o direito *posto* que dá os fundamentos gerais, levanta as linhas mestras da sua estrutura, consagrando, entre o que é público e é privado, elementos e requisitos capazes de validá-los nas relações onde domina o interesse de serviço.

28. AUTONOMIA DA VONTADE NOS LIMITES LEGAIS

Embora, no regime jurídico dos contratos, o princípio geral assente na autonomia da vontade, no Direito Público, tal princípio encontra limites na lei, no interesse comum figurado e no serviço concreto a ser prestado.

Logo, a vontade, na formação do contrato administrativo, não faz liberdade de ação administrativa. Como parte, a Administração não pode contratar aquilo que entender, já que sua vontade “esbarra sempre na limitação criada por lei de ordem pública”¹².

Da ordem jurídica normativa, pública e privada, exteriorizam-se nos contratos administrativos duas fases ou etapas básicas, a saber:

- uma, de formação da vontade administrativa;
- outra, do encontro desta com a vontade do contratante particular¹³.

Sucessivamente os elementos vão aparecendo, os requisitos tomam corpo, especificam-se os subelementos e os sub-requisitos, dando às figuras contratuais unidade, estrutura orgânica, fisionomia revestida de *formas* conformes com as finalidades.

11. “No seu exigível adequado conhecimento, o conceito de serviço público, não obstante ser um conceito genérico, é também um conceito específico, dadas as formas pelas quais se reveste na prática jurídica administrativa” (v. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Curso de direito administrativo*, São Paulo, 1979, p. 50).

12. Silvio Rodrigues, *Direito Civil*; dos contratos e das declarações unilaterais de vontade, São Paulo, 1972, v. 3, p. 17.

13. Julio A. Prat, op. cit., t. 3, v. 2, p. 230. Também: E. Sayagues Laso, *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, 1953, t. 1, p. 541.

A observação, compreendendo as operações desenvolvidas até final formalização, reflete subordinação da Administração ao cumprimento das obrigações convencionadas, de execução integral correta do contratado, respeitadas as estipulações por acordo firmadas¹⁴. Do contrário, passa a responsável.

Só assim, perfeito o contrato, a Administração pode exigir exação do particular contratante, alegando a inadimplência, ou seja, a falta de cumprimento das condições, intervindo na prestação faltosa ou alterando o processo executório.

As demais questões, resultantes do descumprimento das obrigações, de parte da Administração ou do particular, serão apreciadas destacadamente, segundo hipóteses flagradas em fatos divorciados das medidas prometidas para normal execução.

14. André de Laubadère, op. cit., t. 2, p. 185-90.

RELAÇÕES E OBRIGAÇÕES NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Sumário: 29. O valor da motivação nos contratos administrativos. 30. Desintegração dos contratos administrativos. 31. O interesse público na execução. 32. Fatores vinculantes e obrigações. 33. Relações jurídicas vinculadas. 34. As obrigações nos contratos administrativos. 35. Obrigações e sanções. 36. Igualdade das partes nos contratos públicos.

29. O VALOR DA MOTIVAÇÃO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A motivação, nos contratos administrativos, vem ligada a causas determinantes. Elemento essencial, justifica o sujeito na sua vontade para fazer, leva pela competência ao objeto-conteúdo e qualifica a finalidade nas práticas administrativas.

Evidente que numa linha definida de apreciação do elemento subjetivo parta a vontade de contratar. Mas é preciso que essa vontade tenha um sujeito, venha manifestada na motivação, determinada no objeto que, *in fine*, corresponda a fins exclusivos de serviço¹.

Como a Administração, pela sua organização, no tocante aos serviços públicos, exercita atividade por meio de poderes e funções pertinentes, convém distinguir:

- a esfera na qual o Poder Público pode assumir obrigações de oferecer e receber;
- a natureza do serviço a ser executado ou prestado pelo particular;
- a motivação que justifica as contratações.

Já que a Administração “tem sempre de dar uma satisfação ao interesse público, que em face deste não goza, como os particulares em face

1. “A vinculação da Administração refere-se à celebração de atos, situa-se na sede do possível e as conseqüências só podem ser, em via imediata, as da validade ou invalidade” (v. Rogério Guilherme Ehrhardt Soares, *Interesse público, legalidade e mérito*, Coimbra, 1955, p. 139).

dos seus, da possibilidade de se abster”, sua conduta, todavia, há de provir do que a lei impõe e do serviço concretamente relevante ².

Deste modo, pela motivação, o que se pretende verificar não traduz apenas oportunidade ou conveniência, mas finalidade destinada a garantir o serviço necessário, ou seja, a satisfação de necessidade pública específica por meios idôneos.

30. DESINTEGRAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

De plano e a nível de investigação jurídica, desintegrando na sua constituição um contrato administrativo, temos:

- a lei fundamentando a permitida manifestação de vontade;
- a vontade manifestada por pessoa jurídica administrativa;
- a pessoa capaz na organização, submetida a regime de competência;
- a competência vinculada à natureza do serviço público a prestar;
- o serviço lícito e possível, integrado no interesse público;
- o co-contratante particular, aceitando as condições oferecidas;
- o acordo consensual, estabelecendo reciprocidade de obrigações;
- a formalização e a conseqüente adjudicação de serviços e obras.

A inexistência, ou a falta, de um dos cinco primeiros pressupostos invalida o contrato administrativo, tornando-o viciado e ineficaz. Quanto aos três últimos, decorrem dos cinco primeiros, afetando o particular e comprometendo a Administração, regrando situações só revisáveis pelo descumprimento do pactuado ³.

Contudo, na positividade do Direito, em face do ordenamento jurídico positivo, a questão mais crucial coloca-se em investigar:

- se na verdade há o interesse público impondo a satisfação ou a execução privada de serviços;
- se na verdade a Administração não pode satisfazê-lo ou executá-lo de maneira adequada e regular.

Quando dúvidas ocorrerem, uma vez que o significado de serviço público faz critério objetivo, compete ao analista aproximar a idéia de *interesse* à idéia de *serviço*, esta última de conceito melhor preciso diante do objeto-conteúdo, motivação e dever administrativo.

31. O INTERESSE PÚBLICO NA EXECUÇÃO

O interesse público, ou geral, ou coletivo, na terminologia apropriada, significa *bem comum*, de todos, de uma comunidade, de uma coletividade.

2. Rogério Guilherme Ehrhardt Soares, op. cit., p. 141.

3. O descumprimento traz responsabilização. Quanto à responsabilidade exige quatro condições: que haja prejuízo, lesão de direito, falta e relação causal (v. Pierre Vigny, *Droit administratif*, Bruxelles, 1953, p. 294).

Não existe, entretanto, construção jurídica que possa, com exatidão, dotar o interesse da substantividade, sem admitir subjetividade decisória.

O mesmo não acontece com a noção de serviço, sobretudo quando harmônica com a necessidade de fazer ou de realizar, tão-somente porque o serviço público tem suporte num fato concreto, explica-se por meio de valores materiais, administrativos ou econômicos ⁴.

No regime contratual administrativo, por isso, vários fatores incidentais influem nas relações jurídicas firmadas; como exemplo de um deles, o da revisão, para assegurar o equilíbrio econômico-financeiro resultante da imprevisão, sem quebra, porém, nem violentação do pacto consensual ⁵.

Visualizando, em face do interesse e por consequência do serviço público, um contrato realizado com a Administração, o entendimento nas relações aponta dois pressupostos:

— que o contrato onde a Administração esteja presente é necessariamente um contrato de Direito Administrativo;

— que o contrato assume natureza administrativa por motivo da sua finalidade ser de serviço público.

A obrigação de executar ou prestar pertence a ambas ou às várias partes contratantes, tendo em vista a destinação de serviço público. No exato momento da formalização, o que fica em jogo é a finalidade a ser alcançada, depois os efeitos jurídicos resultantes da execução ou prestação.

32. FATORES VINCULANTES E OBRIGAÇÕES

Como as formas contratuais se deixam sensibilizar pela finalidade, não procede o entendimento doutrinário de que a Administração pode escolher entre o contrato privado e o público, já que a motivação, a causa e os efeitos envolvem situações administrativas.

Acaso procedam distinções, diferenças nas categorias, o problema continua de motivação e finalidade. O interesse público, determinando a natureza jurídica do contrato, capacita a Administração no sentido de adotar formas adequadas às espécies de serviços ⁶.

A presença do serviço público, como finalidade, e do Poder Público, na contratação, são fatores vinculantes da Administração com o particular.

4. Pierre Vigny, Importance de la notion de service public e Principes applicables à tous les services publics, in *Droit Adm.*, cit., p. 31-5.

5. "La création de situations juridiques nouvelles par le procédé contractuel implique, non plus seulement une décision unilatérale, mais un accord de volonté. Cet accord de volonté crée la situation juridique dans le cadre de la légalité" (v. M. Roger Pinto, *Cours de droit administratif spécial*, Paris, 1959/60, p. 89).

6. Em tese, para estudo: Agustín A. Gordillo, Relaciones con el derecho civil, in *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1974, t. 1, p. VI-2 e 3.

Da vinculação surgem as obrigações; as manifestações jurídicas de puro conhecimento administrativo.

A satisfação do interesse público, desaguando nas variantes do serviço público, gera efeitos reconhecidos pela ordem jurídica, ficando certo que a Administração “pode participar de situações jurídicas reguladas pelo direito privado”⁷.

No contrato administrativo, conhecido o interesse e a natureza do serviço, a vontade privada ativa-se no campo do Direito Público, junta-se à vontade estatal para a consecução de acordos nos quais a finalidade entra como elemento essencial categorizante por definição.

33. RELAÇÕES JURÍDICAS VINCULADAS

Do até agora exposto verifica-se que o contrato não é uma figura exclusiva do Direito Privado, porque existe “também no Direito Administrativo com elementos diferentes que derivam do seu conteúdo, de seu fim, dos interesses que afetam e de seu regime jurídico”⁸.

Contudo, critérios unificados na teoria e na prática administrativa apontam para o interesse e o serviço público, para uma finalidade indisfarçável de caráter geral ou coletivo. *Finalidade* que justifica *meios* privados e *modos* de atuação estatal.

Todavia, o conceito do contrato administrativo, como na realidade está proposto, assegura inexistência de contradição entre interesse e serviço público. O interesse *atual*, na procura do serviço, desaparecendo por *inatural*, traz ou não conseqüências em face de condições consagradas?

Na verdade, o império do interesse público, dominante na atividade administrativa, subordina as partes contratantes, não irresponsabilizando a Administração⁹. Havendo, entretanto, relações jurídicas vinculadas, “a sujeição não pode ser total nem incondicional”¹⁰.

7. “Ainda aí, porém, sua vontade é formada e declarada conforme um regime de Direito Público; e a finalidade do seu ato é um objetivo de interesse público, porque este interesse é uma constante, que domina toda a atuação do Estado” (v. Lafayette Pondé, A vontade privada na formação ou na eficácia do ato administrativo, *RDA*, 63:17, 1961).

8. Miguel Angel Berçaitz, *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, 1952, p. 108.

9. “O interesse público é, em relação à Administração, uma idéia transcendente, que não depende dela, pelo contrário, exerce sobre ela o seu império. Desde que a coletividade exija, por virtude de transformações econômicas, técnicas, morais e simplesmente políticas, que os serviços administrativos tomem outro rumo, o caráter instrumental destes, como meios diretos ou indiretos de satisfação das necessidades coletivas, impõe a adaptação” (v. Marcello Caetano, *Princípios fundamentais do direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1977, p. 225).

10. Marcello Caetano, op. cit., p. 226.

No mais das vezes, extinguindo-se o interesse público, o problema alcança níveis no direito ressarcitório. A sujeição, porém, não ignora vínculos e condições estipulados quanto ao cumprimento das obrigações contraídas.

Embora o particular não deixe de atender exigências novas, também há de dispor-se aos riscos circunstanciais. Ao Estado, no entanto, que *deu* o serviço e *aprovou* condições, cabe avaliar as conseqüências, as obrigações insertas no ajustado pacto consensual.

34. AS OBRIGAÇÕES NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Constituem obrigações, nos contratos administrativos, à semelhança de como aparecem nos contratos privados, aquelas *disposições* acertadas por consenso comum diante da exclusiva finalidade de serviço público ¹¹.

A importância da temática no Direito Administrativo, conforme tradição nos sistemas jurídicos positivos, focando necessidades a ficarem satisfeitas, as obrigações disciplinam-se nos contratos públicos:

- como obrigações *solidárias*;
- de oferecer *coisa certa* a realizar;
- de *fazer* sob condições;
- de sob condições realizar a *finalidade*.

Não é fácil, nos acordos administrativos, nos contratos *in specie*, excluindo o arbítrio, determinar obrigações nos casos concretos, senão pelo objeto e pela finalidade. A coisa a *fazer* ou a coisa a *entregar* decorre dos sistemas de prestação de serviços, da presença de fatos negativos ou positivos que possam alterar condições pré-ajustadas.

Com respeito às condições, simplesmente não prevalece a vontade e sim os efeitos jurídicos, o *impossível* afetando a obrigação válida, o *super-veniente* paralisando a execução, o *imprevisível* retardando ou prejudicando a finalidade. A questão, nas obrigações, depende, nas hipóteses, da presumida solidariedade resultante da lei ou da vontade das partes.

35. OBRIGAÇÕES E SANÇÕES

Considerando que as condições dão conteúdo jurídico às obrigações, “a execução pontual das obrigações contratuais é, nos contratos adminis-

11. A posição, que é de conhecimento jurídico, não é de agora. A doutrina das obrigações prende-se ao Direito Civil, ao Direito Penal, ao Direito Internacional e “ao Direito Administrativo pelos contratos com a Administração” (v. Manoel Ignácio Carvalho de Mendonça, *Doutrina e prática das obrigações*, Rio de Janeiro, 1908, p. 15-6).

trativos, de capital importância”¹². Quanto ao particular deve respeitar as regras porque elas são de ordem pública.

O conhecimento das regras, das condições, das cláusulas ou simplesmente das obrigações previne sanções com atenção na execução ou na inexecução do contrato, “com efeitos preventivos ou curativos”, a fim de evitar a negligência ou a interrupção do funcionamento de serviço do interesse público¹³.

Mesmo que os contratos silenciem, “o silêncio do contrato não pode ser interpretado contrariamente à aplicação de sanções”, pois a supremacia do interesse público, em matéria de serviço público, gera responsabilidade estatal administrativa¹⁴.

O observável, portanto, é a existência, no Direito Administrativo, de uma categoria de relações contratuais entre Estado e particulares, tendo como origem o acordo consensual e como fonte situações objetivas e subjetivas legais.

Tais relações produtoras de obrigações dão vida jurídica a tipos de contratos nos quais os elementos e os requisitos afixam flexibilidade administrativa e onde as partes harmonizam finalidade de serviço compatível com a idéia de responsabilidade contratual.

Outra questão, a ser oportunamente apreciada, é a da lesividade no desfazimento do contrato ou no descumprimento das obrigações. Duas hipóteses que, visando o serviço, o interesse das partes e o ajuste promovido, tornam-se práticas diante de fatos irrecusáveis.

36. IGUALDADE DAS PARTES NOS CONTRATOS PÚBLICOS

Em se tratando, hoje e agora, de contratos administrativos, do serviço público concretamente qualificado, não podemos subordiná-los na formação à idéia de “realização dum acontecimento futuro e incerto”, ou a ato “cuja sorte é incerta enquanto se ignora se o fato de que depende” produzirá efeitos ou não¹⁵.

12. Gaston Jèze, Sanction des obligations contractuelles dans les contrats administratifs, in *Les principes généraux*, Paris, 1936, t. 3, Cap. III, p. 849.

13. Gaston Jèze, Sanction des obligations de l'administration e Sanction des obligations du cocontractant, in *Les principes*, cit., t. 3, p. 849-53.

14. Gaston Jèze, Principe général: les sanctions du droit commun administratif en cas de silence du contrat, in *Les principes*, cit., t. 3, p. 66.

15. João de Melo Machado, *Teoria jurídica do contrato administrativo*, Coimbra, 1936, p. 224. Sem dúvida, a posição do mestre português é inteiramente falsa, principalmente no que diz com a noção de serviço público. Não se trata, sobretudo nos serviços concedidos, ou numa determinada situação jurídica, de aceitar a atividade da Administração, como uma atuação na qual nada “alienou nem podia

No momento da contratação, a finalidade do serviço vem explicitada, há algo de concreto a fazer e realizar, um serviço característico enquadrado no esquema das necessidades públicas evidentes. O que é preciso ao analista é, do estudo das relações, tirar as obrigações correspondentes.

Cumpre como indispensável, na realidade objetiva, diante de *atos* nos contratos públicos, considerar:

- primeiro as *relações* firmadas;
- segundo as *obrigações* pactuadas.

O dever de cumprir *prestações* subsiste nas relações estabelecidas e nas obrigações conseqüentes¹⁶. Dizer que a Administração possa intervir sem provada motivação de novo interesse atual será aceitar a fragilidade dos acordos contratuais em face de preceitos imperativos do Direito Público das obrigações.

Por outro lado, a aceitação pela formalização dos contratos com a Administração, no momento consensual, “significa que nada ficou imprevisito” e que “o equilíbrio nas relações contraídas” faz desaparecer a desigualdade entre as pessoas participantes¹⁷.

Aliás, a questão da igualdade nos contratos administrativos, conforme relações firmadas e obrigações pactuadas, não informa que as partes, embora desiguais, não tenham direito a igual tratamento. A supremacia da Administração não significa conduta arbitrária.

alienar”, isto é, como atuação “exclusivamente sua” (op. cit., p. 269). Conhecer posição tão distante da realidade será o mesmo que desconhecer os inevitáveis processos descentralizados, ou que as soluções propostas, dentro do ordenamento jurídico, não são equações abstratas.

16. Só não subsiste, conforme Gaston Jèze, quando novas situações venham a refletir: fatos outros que independem da vontade dos contratantes, fatos impeditivos não previstos ou impossibilidade absoluta (op. cit., t. 2, p. 306). Observe-se que o problema não é de contrato, mas de execução contratual, relações existentes e obrigações ajustadas.

17. “O regime administrativo contratual, em que pese a exorbitância, impõe obrigações e responsabilidades recíprocas. O cumprimento do que ficou disposto para ambas as partes não destaca a desigualdade” (v. Bartolome A. Fiorini, *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1968, t. 1, p. 421). Sem dúvida que também “falar de contrato administrativo é evocar de imediato entre os especialistas do direito administrativo uma luta já secular, primeiro pela existência mesmo desta categoria, e uma vez admitida a sua existência, por seu caráter ou elementos que o puderam sustentar” (v. Eduardo Soto Kloss, *La contratación administrativa*, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Santiago, 1978, t. 75, p. 55).

2.^a PARTE

- **AS PARTES NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**
- **CARACTERÍSTICAS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**
- **COMPONENTES NA MOTIVAÇÃO E FINALIDADE**
- **INSTITUIÇÕES CIVIS E INSTITUIÇÕES ADMINISTRATIVAS**

AS PARTES NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Sumário: 37. Afirmação do elemento *finalidade*. 38. *Sujeitos* como parte. 39. Qualificação dos contratantes. 40. A colaboração do particular. 41. A administração como *parte*. 42. Liberdade contratual e certeza jurídica. 43. As partes num igual plano jurídico. 44. Regime de obrigações e responsabilidades.

37. AFIRMAÇÃO DO ELEMENTO *FINALIDADE*

A afirmação do elemento *finalidade*, como o melhor capaz de qualificar determinativamente os atos e os contratos administrativos, tira a doutrina de perplexidades obsoletas e contribui para o conhecimento de realidades objetivas no plano do ordenamento jurídico.

Desde há muito, tornou-se absurdamente estéril em razão da *finalidade* discutir a existência ou não de manifestações bilaterais, tendo em conta atividades dirigidas que desconcentram funções ou nos vários níveis descentralizam serviços públicos¹.

A opinião dominante inclina-se a favor do “objeto ou fim que se persegue com o vínculo contratual”². Não somente em virtude da diversidade das relações, mas porque a finalidade estima um juízo seguro quanto aos meios que a Administração adota para buscar a colaboração do particular.

Definida a finalidade, obviamente a maneira de como se deve realizar determinado serviço público, de pronto a figura administrativa do contrato consolida sua contextura jurídica, envolvendo aspectos internos e externos facilmente constatáveis.

1. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, Do contrato de direito público, Da figura do contrato no direito administrativo, in *Do conceito do contrato administrativo*, Tese de concurso, Curitiba, 1937, p. 23 e 44.

2. Enrique Sayagues Laso, *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, 1953, t. I, p. 534.

38. SUJEITOS COMO PARTE

Com respeito aos referidos *aspectos* que são dois e dão fisionomia própria às contratações administrativas, eles surpreendem:

— quando o contrato é analisado em razão daqueles termos vinculantes que caracterizam a natureza jurídica da perseguida finalidade;

— quando o contrato é examinado conforme as pessoas que dele participam consensualizadas fazendo relações e aceitando obrigações.

No primeiro aspecto temos presente o *instrumento* jurídico devidamente formalizado carreando prescrições, princípios, normas, regras, estipulações pertinentes, isto é, o contrato administrativo integrado como *documento* hábil a produzir efeitos ligados a finalidades específicas.

No segundo, temos visíveis as partes signatárias intervindo livremente na convenção e no convencionamento, assumindo nas relações acertadas obrigações e por conseqüência acertados direitos, consagrando compromissos que harmonizam a finalidade do serviço com a execução contratual.

Tomando os dois aspectos que, na verdade do fenômeno contratual, contribuem para o conhecimento hermenêutico, o problema se coloca além da finalidade nos *sujeitos* que, como *partes*, possam celebrar convenções e aceitar obrigações nos limites dos permissivos legais³.

Como a questão dos *sujeitos*, no geral e no particular, reflete *capacidade* das partes que contratam com a Administração, a questão tem sede e é regulada pelas normas gerais do Direito Privado, ou seja, exigindo qualificação para as pessoas, sejam físicas ou jurídicas.

39. QUALIFICAÇÃO DOS CONTRATANTES

Simplemente, as pessoas ou as partes, na bilateralidade ou na pluralidade, são apenas duas:

— de um lado a Administração, pessoa pública;

— de outro o particular, pessoa privada.

Somente na hipótese dos contratos interadministrativos, devido à interveniência de órgãos públicos conforme a finalidade, o regime contratual agasalha entidades estatais, duas ou mais pessoas administrativas na competência, capazes de pactuar ou convencionar⁴.

3. Sayagues Laso, Los sujetos, in *Tratado*, cit., t. 1, p. 541.

4. Juan Carlos Cassagne, Los contratos de la administración pública, in *Estudios de derecho administrativo* (El contrato interadministrativo), Buenos Aires, 1975, t. 1, p. 39.

Na verdade, o importante, no sentido de determinar a validade dos contratos, reside na qualificação dos contratantes⁵. Não basta a presença de pessoas quando não há competência ou capacidade para aceitar obrigações, para contratar. Competência, matéria de função administrativa Capacidade, consoante o particular.

Pela natureza jurídica, com maior destaque nos acordos de finalidade pública, sem competência e capacidade não podemos falar em partes contratantes, nem colocar as contratações no quadro geral da organização administrativa⁶.

Não discutindo o interesse público, conhecida a finalidade de serviço, o fato *consentimento*, no entendimento de pessoas, supõe a existência real de *partes*, cada uma delas exercitando sua vontade conforme queiram ou possam fazer relações e aceitar obrigações.

40. A COLABORAÇÃO DO PARTICULAR

Sob que posição se apresente, a colaboração do particular, *pessoa privada*, é fundamental na formação dos contratos administrativos. Constitui, nas relações e obrigações, a *parte* chamada a prestar serviços em nome da Administração.

Reconhecendo que a figura do contrato “não é exclusiva do Direito Privado”, porque também aparece “no Direito Público interno e internacional”, com mais razão a existência da vontade depende da existência das partes como pessoas anteriormente qualificadas⁷.

Se um contrato administrativo é, pois, acordo de vontades, ele pertence às partes, à Administração como tutora do interesse público e ao particular como executor do serviço cometido. Vontades e partes aqui se equilibram harmonizando pressupostos básicos.

Quando o particular aceita colaborar ou dar colaboração, sua atuação corresponde a um ato destinado a satisfazer interesses comuns. Havendo manifestação exterior de vontade, o ato torna em *parte* aquele que aceita participar de um contrato, mesmo público.

Falando de *partes*, juridicamente estamos falando de *sujeitos*, do elemento *subjetivo* na formação dos contratos, de uma combinação entre pessoas, objetivando *união* de finalidade pública, nos *administrativos*, quando a intenção é de serviço público.

5. André de Laubadère, La qualité des contractants, in *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris, 1956, t. 1, p. 215-22.

6. Pierre Vigny, Régime des contrats en général, Capacité d'exercice ou compétence des organes, in *Droit administratif*, Bruxelles, 1953, p. 261-2.

7. Guido Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1947, t. 1, p. 176.

41. A ADMINISTRAÇÃO COMO PARTE

Obviamente, “por definição, um dos sujeitos do contrato administrativo é a Administração, ou uma pessoa de Direito Público”⁸, embora, sem dúvida, de nenhuma maneira, como parte, renuncie efetivos privilégios ou reais prerrogativas.

Porém, formalizado o contrato, sancionado nas relações e obrigações, entrado em execução pelo que pretende na finalidade, o que fica é o acordo devidamente instrumentado, as *partes* subordinadas às regras ou às cláusulas inerentes à contratação.

Como sujeito, ou parte, no entanto, a Administração só manifesta sua vontade “dentro da esfera de competência legal pertinente”⁹. Somente por meio da competência há aptidão legal e consentimento, *motivação* tipificando as distintas categorias.

Conquanto, com respeito à Administração, a *competência* seja a regra potestativa, no tocante ao particular a regra é a da *capacidade* na ordem civil. Nem por isso a finalidade deixa de definir a espécie contratual, deixa o contrato de categorizar-se.

Quanto às partes, se entendem assumindo livremente obrigações legais, pois o importante reside na relação contratual estabelecida. Da relação contratual, sem dúvida, decorre não somente a natureza do contrato, mas o *mutuus consensus* em razão da finalidade.

42. LIBERDADE CONTRATUAL E CERTEZA JURÍDICA

Nos contratos administrativos, qualificadas as partes, no momento exato, aptas à contratação, tal e qual nos contratos comuns, verificamos:

- existência de liberdade para contratar, tomar obrigações e formar relação de direito;
- existência da igualdade diante de cláusulas que expressam livre troca de consentimento;
- existência de limitações conforme os efeitos e no tocante à prestação ou execução.

Liberdade, igualdade e limitações constituem características que promanam nos contratos administrativos do que a Administração *quer realizar* e do que os particulares *aceitam efetivar*, embora não se possa esperar certeza jurídica na prestação ou na execução programada¹⁰.

8. Miguel Angel Berçaitz, *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, 1952, p. 217.

9. “O sujeito é o elemento substantivo de toda relação jurídica, e como tal deve ser especialmente assinalado” (v. Miguel Angel Berçaitz, op. cit., p. 216).

10. Neste ponto, não se podendo antecipar a regular execução de um contrato, já estaremos aceitando, sem as reservas necessárias, em face das obrigações, a inadimplência; sobretudo riscos na execução possibilitando alterações, modifi-

A certeza jurídica, contudo, é uma condição sem a qual não se fazem contratos, porque, não acontecendo vigirem causas possíveis, a impossibilidade prejudica o entendimento consensual, afeta a execução e torna duvidosa a persecução da finalidade.

Mesmo no interesse público, não podemos ignorar que, por trás dos contratos, está a ordem jurídica, e que a expressão formal de vontades, não obstante a lei, efetiva relações. Figura distinta da lei, na certeza jurídica, os contratos ganham imperatividade.

43. AS PARTES NUM IGUAL PLANO JURÍDICO

Na verdade, não existem leis-contratos, mas partes que fazem lei entre si. É o contrato e não a lei que cria a relação jurídica¹¹. Daí por que, na sua atividade jurídica, a Administração não pode contratar-se senão de maneira precisa e inequívoca, como parte que passa a ser.

Todavia, a Administração, ou o agente público, como partes integrantes de um contrato, quando usam da liberdade de contratar, assim o fazem num regime de competência, isto é, no uso permitido da função administrativa pertinente¹².

A unilateralidade é válida como vontade, enquanto a Administração não formaliza o acordo contratual. Formalizado o acordo, as partes ficam colocadas em igual plano jurídico. Somente é possível falar de contrato “se a vontade de cada uma das partes possui a mesma força jurídica para a formação de uma relação jurídica”¹³.

Na troca consensual de vontades, o particular é parte essencial quando “combina a sua com a da Administração”¹⁴. A convergência dos pontos pacíficos, na doutrina, melhor serve para as construções modernas, nada

cações e mesmo a rescisão, ou provocando, por falta de cautela, até a revogação, pois o contrato, fora da certeza jurídica, nasce viciado, embora, no momento da contratação, possam prevalecer razões de conveniência ou oportunidade. Toda conduta, nos contratos administrativos, deve ser uma conduta compatível com a finalidade. Não pode a Administração, *a priori*, pensar em intervir como juiz do contrato. Sempre a certeza jurídica consagra, por antecipação, segurança nas relações e nas obrigações.

11. Rafael Bielsa, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1947, t. 1, p. 212-13.

12. O exercício da competência ou o uso da função administrativa não independem porém de normas exclusivas ou determinativas. A finalidade nos contratos, surgida das necessidades públicas, não permite aos agentes atuarem por disposições de caráter pessoal. Os particulares, ao contrário, possuem absoluta liberdade para exercer ou não sua capacidade (v. Gaston Jèze, *Principios generales de derecho administrativo*, trad. esp., Buenos Aires, 1949, t. 3, p. 189).

13. Fritz Fleiner, *Instituciones de derecho administrativo*, trad. esp., Madrid, 1933, p. 155-69.

14. Rafael Bielsa, op. cit., t. 1, p. 295.

adiantando posicionamentos que tendam a procurar situações contrárias ao ordenamento jurídico geral¹⁵.

Evidentemente que, em todo contrato, há na origem uma decisão unilateral de cada uma das partes para realizar o acordo, o ato contratual, ficando, no entanto, o contrato, na sua motivação, como a causa jurídica da relação unilateralmente proposta. A fonte, todavia, é um ato administrativo de conseqüências bilaterais.

44. REGIME DE OBRIGAÇÕES E RESPONSABILIDADES

Na organização administrativa, “a norma jurídica de Direito Público, de igual maneira que a norma de Direito Privado, gera uma *relação jurídica bilateral* em que a Administração e os administrados são *partes*, inter-vêm como sujeitos titulares de direitos e deveres recíprocos”¹⁶.

Considere-se para exata compreensão:

— “na relação jurídica aparecem pelo menos dois sujeitos de direito (sujeitos públicos e privados), cada um dos quais detendo determinada situação ou posição de dever ou exigir”;

— “a norma jurídica projeta uma relação jurídica bilateral, em que o poder (Administração) e a liberdade (administrados) têm o direito ou o dever de exigir cumprimento de determinada prestação de significação pública, prevista pelo direito”¹⁷.

Vale, para o analista, o seguinte esquema prático:

— acordo consentido + ato jurídico contratual = contratação administrativa;

— contrato + relação jurídica = obrigação de prestação de determinado serviço.

As *partes*, Administração e administrados, diante da motivação, da formalização e do serviço, somando direitos e deveres, vinculando-se a uma atividade pública, ficam submetidas a regime que “impõe obrigações e responsabilidades recíprocas”¹⁸.

15. “Se o Estado quer aproveitar a esfera de liberdade do indivíduo, sem modificar o ordenamento jurídico existente, o contrato constitui o único meio jurídico que possui para consegui-lo” (v. George Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*, trad. ital., Milano, 1912, p. 229).

16. José Roberto Dromi, *Prerrogativas y garantías administrativas*, Tucumán, 1979, v. 1, p. 112.

17. “A relação jurídica bilateral de Direito Privado é semelhante à do Direito Público ou o inverso. Faz tempo que a divisão entre norma jurídica pública e privada se encontra derrotada ante a impossibilidade de determinar o dado diferenciador” (v. José Roberto Dromi, op. cit., v. 1, p. 113).

18. Bartolome A. Fiorini, *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1968, t. 1, p. 421.

Não há como não entender que subsiste na noção geral de contrato, inclusive nos administrativos, um vínculo entre sujeitos ou pessoas, um justo equilíbrio de relações, um regime jurídico gerando obrigações, uma *finalidade* comum às partes, impondo regras disciplinadoras na prestação ou execução¹⁹.

Os *administrativos*, entretanto, “no amplo ou restrito sentido que a expressão possa ter, em virtude das pessoas que neles intervêm e dos objetivos colimados”, dependem da “finalidade perseguida pela Administração como pessoa jurídica de Direito Público”²⁰.

A eventual desigualdade das partes, uma pública e outra privada, não desnatura a figura do contrato administrativo, colocando em pé de igualdade os acordantes desde que haja exação no cumprimento das obrigações. O que importa é a posição assumida pelas partes.

19. “Justifica-se, portanto, a existência de um certo número de contratos, chamados administrativos, em razão das partes intervenientes e também da sua finalidade de interesse público” (v. Themístocles Brandão Cavalcanti, Dos contratos administrativos, in *Teoria dos atos administrativos*, São Paulo, 1973, p. 245).

20. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Curso de direito administrativo*, São Paulo, 1979, p. 198.

CARACTERÍSTICAS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Sumário: 45. Valores intrínsecos nas características. 46. O valor *comutatividade*. 47. A *onerosidade* na relação. 48. A *imperatividade* diante do ajustado. 49. Valor jurídico da *estabilidade*. 50. O pressuposto da *mutabilidade*. 51. A regra da *intransferibilidade*. 52. A subcontratação.

45. VALORES INTRÍNSECOS NAS CARACTERÍSTICAS

Algumas peculiaridades características ganham os contratos administrativos na formação e uma vez formalizados. *Características* que destacam, por razão da finalidade de serviço, *condições* intrínsecas próprias, que vão além da motivação e do consenso.

Tratando de interesse público ou interesse de serviço público, considerados os elementos e os requisitos nas contratações administrativas para satisfação da finalidade, permanecem alguns valores intrínsecos reclamáveis:

- da comutatividade;
- da onerosidade;
- da imperatividade;
- da estabilidade;
- da mutabilidade;
- da intransferibilidade.

Divirja ou não a doutrina, no *substratum* das convenções públicas, tais *valores intrínsecos* constituem uma garantia consensual na execução e no cumprimento das obrigações¹. Sem eles, dois problemas surgem de imediato: o da exeqüibilidade e o da executoriedade.

Resultam os valores nomeados na reunião dos elementos e dos requisitos. São valores estritamente ligados à presunção de legitimidade, ofere-

1. Do contrário, qualquer contratação será temerária. Difícil que alguém enfrente obrigações sem as devidas garantias, sabendo, de antemão, de riscos futuros, sabendo que a Administração, discricionariamente, pode alterar os termos convenicionados. Pelo menos, no momento da formalização, a salvo de acontecimentos imprevisíveis, as cláusulas de interesse público devem vir harmônicas com as cláusulas de interesse privado.

cendo, ao acordo consentido, garantia de normal eficácia contratual, de segurança quanto aos efeitos a perseguir.

A ninguém, *a priori*, nem à Administração, sobram argumentos ponderados de precisão, pois os contratos administrativos, quando formalizados, concretam uma relação e uma finalidade, obrigações que hão de ser cumpridas e assim se espera nos exatos limites pactuados.

46. O VALOR COMUTATIVIDADE

A comutatividade provém do consenso, na formação do contrato administrativo; da equivalência, na reciprocidade das obrigações ajustadas; de um entendimento, onde as partes, por serem iguais, estabelecem regime programado de cumprimento das obrigações.

Apreciada, como de maior ou menor importância, a comutatividade “pertence hoje à natureza dos contratos administrativos”². Tem fundamento no equilíbrio que deve ser mantido entre as partes, embora possam advir hipóteses que alterem os compromissos assumidos.

Por força da comutatividade, garante-se às partes respeito pelas estipulações escritas e compatíveis com a estrutura dos contratos, preservando relações e direitos, obrigações na prestação ou execução, tudo visando pleno e perfeito cumprimento da finalidade³.

Não há dúvida que, do aspecto jurídico, a comutatividade, visto explicar a equivalência nos encargos e vantagens, tira da Administração, quando efetivada a relação, o direito de desproporcionar compromissos, impondo gravames econômicos ao co-contratante particular⁴.

Devido à conjunção de vontades, convém precisar que a comutatividade, nas relações jurídicas administrativas, dá suporte às obrigações e normalidade para o equilíbrio de interesses, o da Administração e o do particular.

Não é, por isso, uma simples palavra a mais, porque permite ao hermenêuta avaliar o exame do contrato público, a intenção do ajustado com respeito à consecução regular e contínua de um determinado serviço público.

2. Miguel Angel Berçaitz, *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, 1952, p. 258.

3. Caio Tácito, Contrato administrativo, in *Direito administrativo*, São Paulo, 1975, p. 293.

4. Na verdade, para nós, a comutatividade leva ao princípio da justiça e da equidade que “domina todos os contratos, de qualquer natureza que sejam, de Direito Privado ou de Direito Público” (v. Gaston Jèze, *Théorie générale des contrats administratifs*, in *Les principes généraux*, Paris, 1934, 1.^a parte, p. 184).

47. A ONEROSIDADE NA RELAÇÃO

De uma ou de outra finalidade, os contratos administrativos fazem-se onerosos. A gratuidade não é regra e sim a prestação ou a execução. Os encargos, nos ajustes, pertencem às partes ou a uma só delas. Vigem, no acordo, prescrições contidas “na recíproca integração das vontades”⁵.

Já que, nos contratos administrativos, todo acordo há de criar “uma obrigação jurídica, de prestação de coisas materiais ou de serviços pessoais, mediante remuneração”, a onerosidade nasce “com força obrigatória nas relações contratuais”⁶.

Em todos os casos, a prestação de serviços, obtendo a colaboração de pessoas privadas, indispensável para certas finalidades públicas, faz com que a Administração “deva prover o contratante dos fundos necessários para cumprimento de suas obrigações”⁷.

Em virtude de cláusulas reguladoras, de condições de execução dos serviços, surgem as prestações obrigatórias, a permuta entre obrigações realizadas e os deveres cumpridos, não exonerando de responsabilidade as partes nas operações consumadas.

A onerosidade, portanto, constitui uma equação econômica ou financeira, com base na contratação, regulando de maneira estável as relações convencionadas, de momento não conhecendo possíveis acontecimentos estranhos ou excepcionais.

Se por um lado a Administração não deve procurar nenhum proveito lucrativo além da execução ou da eficiência do serviço público, por outro, não pode deixar de cumprir as medidas cautelatórias emanadas de condições vinculadas à eficácia contratual.

48. A IMPERATIVIDADE DIANTE DO AJUSTADO

O que dá aos contratos administrativos um caráter *imperativo* são, sem dúvida, as medidas adotadas entre as partes diante da reciprocidade das obrigações e dos direitos. A imperatividade, por sua vez, tem conteúdo na relação que substancializa a finalidade.

A imperatividade nasce, no contrato perfeito e formalizado, das próprias cláusulas asseguradoras da correta execução e do bom funcionamento dos serviços. Não tivessem caráter *imperativo*, os contratos públicos seriam resultantes do arbítrio administrativo⁸.

5. Guido Landi e Giuseppe Potenza, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 1960, p. 178.

6. Eustorgio Sarria, *Derecho administrativo*, Bogotá, 1957, p. 191.

7. Eustorgio Sarria, *op. cit.*, p. 203.

8. A imperatividade decorre do acordo e da formalização contratual, das relações e das obrigações assumidas. Só deixa de existir quando a Administração se vê forçada a exigir o cumprimento das obrigações. Também, de parte da Administração, acontecendo o não-cumprimento, se abrem as vias recursais.

Há imperatividade quando um contrato está perfeito, bem na execução dos serviços, do atendimento *material* combinado, do aspecto *técnico* prescrito, da inversão *financeira* programada e do fundamento *legal* que fez dele *lex inter partes*⁹.

Circunstâncias adversas, quando atingem a prestação ou a execução, facultando sanções, a revisão, a alteração ou a rescisão, não fazem pressupostos que maculem por antecipação o regime jurídico contratual. A imperatividade afirma-se pela submissão ao direito permanente das partes.

Na relação contratual, a criação de obrigações jurídicas caracteriza a imperatividade. Mesmo isoladamente, nenhum contrato traz cláusulas inoperantes, disposições que não sejam imperativas, ou formas de cooperação que não traduzam regras a cumprir.

Só a imperatividade, portanto, produz a estabilidade nas relações e nas obrigações, assegurando como as exigências devem ser ajustadas à execução e como, na execução, os procedimentos devam adequar-se aos exatos termos formalmente regulados.

49. VALOR JURÍDICO DA ESTABILIDADE

A estabilidade, conseqüência lógica da imperatividade, constitui valor jurídico na formalização contratual, pois reconhece às partes efetividade nas relações e validação nas obrigações. Daí em diante ganha importância a execução. Melhor dizendo: os modos de procedimento por meio dos quais compõem-se as etapas executórias até final.

Tomando como ponto de partida o contrato formalizado, portanto assinado e pronto para execução, qualquer análise menos profunda afiança existência de estabilidade, ou seja, de todos os elementos e requisitos capazes de validá-lo e dar-lhe legitimação¹⁰.

A estabilidade, que corresponde a força jurídica na relação, só desaparece ante imprevistos não superáveis, da negligência, da impossibilidade

9. Em todo contrato administrativo, principalmente na fase executória ou de execução, é que se vem a verificar o descumprimento das obrigações. Consultar: Miguel Angel Berçaitz, *Derecho de exigir de la administración pública el cumplimiento de sus prestaciones*, in op. cit., p. 328.

10. Objeto e finalidade dão conteúdo e significado jurídico aos contratos administrativos. A estabilidade, provinda da imperatividade, é da essência da formalização, da continuidade na execução e das obrigações recíprocas. Entre as características, imperatividade e estabilidade, resumem as jurídicas relações contratuais. Do contrário, a prestação contratual tornar-se-ia imprecisa. Contudo, não se diga que não se imponham, com o equilíbrio de fato ou econômico, ou que percam importância nas ocorrências que afetem as normais relações contratuais. No decurso executório das etapas comprometidas, circunstâncias adversas podem quebrantar a unidade total ou parcial do contrato, prejudicando o alcance da finalidade pública.

executória, de *atos* afetando o interesse público ou dificuldades naturais impeditivas da prestação contratual ¹¹.

A questão prática, no tocante à estabilidade dos contratos administrativos, quando atendidos todos os elementos e requisitos de validade, deve ser equacionada:

— diante de fatos que alterem a posição da Administração com respeito ao interesse e ao serviço público;

— diante do descumprimento das respectivas obrigações rompendo os vínculos obrigacionais.

Lato sensu, firmado o acordo e subscrito o instrumento formalizador, a estabilidade passa a decorrer *intuitu personae* do direito das partes exigirem correta observância do pactuado. Procede o argumento real da *estabilidade*, conquanto o da *imutabilidade* não sensibilize o Direito Público.

50. O PRESSUPOSTO DA MUTABILIDADE

Tendo em consideração fatores ativos de interesse público ou de serviço, fatos de qualquer natureza imprevisíveis e os procedimentos executórios, não se pode desconhecer uma prerrogativa da Administração, isto é, aquela potestade de *mudar* termos ajustados, de *modificar* relações contratuais ¹².

Portanto, o princípio da estabilidade, já nas fases de execução, não faz regra geral determinativa. Esbarra no princípio da *mutabilidade* quando ocorrem motivos determinantes. O segundo princípio submetendo o primeiro conforme conveniências negativas impostas por intransponíveis necessidades do serviço ¹³.

Sem dúvida, não é apenas uma simples faculdade, mas um poder cautelar que está em jogo, pois a Administração, em face de motivos determinantes, quando intervém está prevenindo responsabilidades, a querer que o serviço público não sofra prejuízos ligados aos procedimentos executórios contratuais ¹⁴.

11. Bartolome A. Fiorini, *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1968, t. 1, p. 455-8. "O contrato administrativo mantém sua inflexibilidade enquanto o serviço público não exija que se modifique" (v. Recaredo F. de Velasco, *Los contratos administrativos*, Madrid, 1927, p. 151).

12. Miguel S. Marienhoff, Contratos administrativos, in *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1978, t. 3-A, p. 396-9.

13. André de Laubadère, Existence du pouvoir de modification unilatérale, in *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris, 1956, t. 2, p. 331-5.

14. "Se bem que o princípio da *imutabilidade* tem império no Direito Privado, não ocorre o mesmo no Direito Público, onde a necessidade de adaptar o contrato a conveniências gerais produz quebra do princípio da *imutabilidade*, permitindo essa *modificação*" (v. Miguel S. Marienhoff, op. cit., t. 3-A, p. 396).

Em tese e na prática, “o fundamento do poder da Administração, para modificar os contratos administrativos, não é outro do que atender ou satisfazer da melhor forma as pertinentes necessidades públicas”¹⁵. A conduta possível rege, no interesse público, todas as contratações, qualquer que seja a natureza do serviço.

Não se trata, o pressuposto da mutabilidade, de uma prerrogativa absoluta da Administração sobre o co-contratante, mas de uma exigência que em razão da prestação contratual garante o interesse ainda atual e protege o serviço na projeção da finalidade perseguida.

A mutabilidade, não obstante não faça previsão no momento da formalização, constitui no tempo de duração contratual um fator operante capaz de resguardar a integridade do serviço, embora, *in casu*, possa viabilizar medidas ressarcitórias¹⁶. As razões sempre serão razões de interesse público.

Depreende-se, no sentido de conhecimento, que a mutabilidade nos contratos administrativos, não fazendo nunca regra geral, é atividade que decorre necessariamente do poder de tutela da Administração diante do *interesse* que concede o *direito* de controlar todas operações executórias¹⁷.

Entretanto, a mutabilidade, significando modificação nos termos contratuais, encontra limites lógicos:

— “na necessidade de manter o equilíbrio financeiro a favor do co-contratante”;

— “na obrigação estatal de respeitar as garantias afetadas pela modificação introduzida ou pretendida”¹⁸.

Em qualquer das características apontadas, a Administração não exerce faculdades ou prerrogativas exorbitantes, porque tais faculdades ou prerrogativas, dispensando cláusulas, se impõem virtualmente na prestação dos serviços públicos. Não precisam vir expressas nos textos contratuais.

51. A REGRA DA INTRANSFERIBILIDADE

Problema de regime, de interesse público fundamental, a intransferibilidade faz imposição implícita nas contratações administrativas. Só se dará a transferência mediante permissão, autorização e novo contrato, ressalvadas garantias de conteúdo e finalidade.

15. Miguel S. Marienhoff, op. cit., t. 3-A, p. 337.

16. Jean Rívero, *Droit administratif*, Paris, 1962, p. 108-9; Julio A. Prat, Características especiales de los contratos administrativos, in *Derecho administrativo*, Montevideo, 1978, t. 3, v. 2, p. 299-303.

17. Consultar: G. Péquignot, *Des contrats administratifs*, Paris, 1953, p. 313; Roger Bonnard, *Précis de droit administratif*, Paris, 1953, p. 620.

18. Miguel S. Marienhoff, op. cit., t. 3-A, p. 401-2.

Intuitu personae, os contratos administrativos criam uma obrigação pessoal, uma situação de direito personalizada. Dai por que, “sem autorização expressa, o co-contratante não pode *ceder* ou *transferir* colocando um *terceiro* no seu lugar”¹⁹. A regra estende-se também às possibilidades de subcontratação.

Na ordem das relações efetivas, a questão tem fonte nas obrigações assumidas pelo co-contratante, no dever de execução do contrato conforme estipulações originárias do acordo juridicamente formalizado²⁰. No fundo, duas verdades se conhecem, a do interesse público e a da responsabilidade contratual.

O acordo, senão quando previsto ou autorizado, não é extensível a terceiros. De plano, as obrigações colocam as partes em situações imodificáveis, sujeitas à observância do que prometeram cumprir. A transferibilidade é apenas eventual.

Ninguém desconhece que, nas contratações, a Administração atua como ajuizadora do interesse público e dominando a relação de serviço com respeito às prestações devidas pelo contraente particular²¹. Cessão ou transferência serão episódios facultativos.

Todavia, os contratos se cumprem, como se dispôs em suas cláusulas, conforme critérios que na plena vigência sustentam relações e obrigações. Quanto aos modos de execução ficam adstritos rigorosamente às cláusulas do contrato, dependendo das condições o adequado comportamento das partes contratantes²².

Ultima ratio, já que o Direito Privado e o Direito Público não estão separados por um abismo e na vida jurídica se completam mutuamente, e que temos nos contratos administrativos são relações jurídico-públicas com particulares que se desenvolvem na normalidade institucional.

52. A SUBCONTRATAÇÃO

Permitidas, em termos de contrato ou por autorização legal, a cessão ou a transferência conduzem à subcontratação. A *cessão*, no todo ou em parte, limita obrigações e direitos. A *transferência*, mudando o titular, mantém íntegra a contratação na finalidade.

19. Miguel S. Marienhoff, op. cit., t. 3-A, p. 317.

20. André de Laubadère, Les obligations du particulier contractant, Devoirs généraux du contractant, in *Traité*, t. 2, p. 99 e 101.

21. “Os contratos administrativos são concluídos *intuitu personae*, isto é, tendo em atenção as qualidades, idoneidade e garantias de certo e determinado indivíduo ou empresa. Por isso os contratos devem ser executados pela própria pessoa com quem foram concluídos” (v. Marcello Caetano, *Princípios fundamentais do direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1977, p. 237).

22. As obrigações e os direitos do co-contratante na prestação ou execução ficaram amplamente estudados nas obras de Gaston Jèze. Jean Rivero, André de Laubadère, Miguel Angel Berçaitz e Miguel S. Marienhoff.

No entanto, com respeito ao particular contratante, ficará prejudicada a subcontratação:

— quando o contrato originário não autorize expressamente a cessão ou a transferência;

— quando o serviço, pela sua natureza, não permita fracionamento do contrato e das obrigações.

Em consequência, validada para as partes, ficará a subcontratação:

— quando houver autorização expressa para recebimento da colaboração de terceiros;

— quando na autorização permita-se derrogar cláusulas ou estipulações não essenciais.

A preocupação da doutrina inclina-se no sentido de evitar o desvirtuamento da substância do contrato²³. Sobretudo pela desvinculação do primitivo titular em favor de outros, envolvendo novas relações e liberando de responsabilidade titulares do contrato originário.

A intransferibilidade, tendo como fundamento antecedente proibição de transferir, é de alta importância para a Administração, que não pode deixar de conhecer critérios morais e legais ao relacionar-se com pessoas sobre as quais não exerce sequer controle de conhecimento²⁴.

A livre subcontratação violenta o processo formativo contratual nas suas etapas regulares, a preparatória da permissibilidade, a da determinação da finalidade e a da eleição do mais idôneo contratante particular. Aliás, a escolha do co-contratante continua sendo atribuição unilateral da Administração.

23. Consultar: André de Laubadère, Effets de l'autorisation, Régime juridique de cessions autorisées e Situation du co-contratant primitif, in *Traité*, cit., t. 2, p. 112-3.

24. “Aqui não está precisamente em jogo a idoneidade técnica e financeira do eventual cessionário ou do subcontratante que vincula-se ao caráter *intuitu personae* do contrato, senão a simples estrutura moral deles” (v. Miguel S. Marienhoff, op. cit., t. 3-A, p. 323).

COMPONENTES NA MOTIVAÇÃO E FINALIDADE

Sumário: 53. Autorização para contratar. 54. Regime administrativo dos contratos. 55. Contrato privado e contrato público. 56. Unidade na intenção e finalidade. 57. Caracteres diferenciais na finalidade. 58. A Administração contratante. 59. O co-contratante particular. 60. Finalidade e forma dos contratos administrativos.

53. AUTORIZAÇÃO PARA CONTRATAR

Ao contrário do particular *livre* na sua capacidade para contratar, a Administração precisa estar *autorizada* para efetivar relações que envolvam obrigações. A problemática, na organização administrativa, é basicamente de competência no exercício das funções¹.

Não só porém de competência, porque nas contratações administrativas, por trás da vontade e da função está a ordem jurídica, a lei, o interesse público e a natureza do serviço a prestar. A Administração, por isso, nas decisões executórias contratuais, diante do conteúdo e do significado do que pretende, necessita de autorização para contratar².

Não é tão simples a relação contratual administrativa, já que existem condições de validade que se completam pelo “consentimento, qualidade dos contratantes, objeto e causa do contrato”, não falando das “qualificações legais” inerentes nos diversos regimes ao “ato de conclusão dos contratos”³.

1. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, da competência político-constitucional-administrativa, Processo de formação da vontade, Normas e poderes na organização, Conhecimento dos regimes administrativos, Valor da finalidade e normas constitucionais, Funções estatais e funções jurídicas, Decomposição do fenômeno competência, Competência como conceito positivo e regulador, in *Da competência administrativa*, São Paulo, 1977, p. 89-115.

2. Bartolome A. Fiorini, La autorización para contratar, in *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1968, t. 1, p. 424.

3. André de Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris, 1956, t. 1, p. 35, 166, 199.

Como *autorizar* significa *permitir*, o contrato, *antes* um ato de declaração de vontade destinado a produzir efeitos jurídicos, gerando obrigações e conseqüentes direitos, tem de se formar e se concluir conforme os exclusivos critérios legais dominantes.

No Direito Público, a saber, também no Direito Privado, a questão maior é de *regime*. De colaboração *inter partes* dando vida a relações que buscam uma finalidade certa e lícita que deve conformar-se com o direito objetivo. Nisto os regimes identificam procedimentos assemelhados, regras iguais para diferentes categorias.

54. REGIME ADMINISTRATIVO DOS CONTRATOS

Formação e regime, nos contratos administrativos, constituem aspectos peculiares de uma mesma realidade jurídica. A bem dizer, os regimes pertencem ao Direito Comparado. Sem com isto, na formação, os contratos com a Administração diferenciarem-se na sua significação de origem conceitual ⁴.

Fonte de obrigações, com regras que são comuns nos regimes, critérios que possuem raízes no interesse público, os contratos administrativos, na atividade de administração, em face da colaboração do particular, reúnem “dois atos unilaterais indissolúvelmente ligados um ao outro e condicionados na reciprocidade” ⁵.

Todavia, os regimes dizem com a formação dos contratos, não propriamente com a sua execução. Examinado um contrato formalizado, completado para ter execução, tomando este contrato na sua figuração orgânica, temos:

- o interesse público na base, oferecendo a motivação;
- a lei, dando suporte ao ato administrativo bilateral;
- o serviço visado, aparecendo em consonância com o interesse;
- a formalização instrumental, gerando relações e obrigações;
- as obrigações, criando vínculos estáveis na prestação ou execução.

O serviço público, portanto, em razão do interesse público, determina acordo de vontades de efeitos jurídicos, *acordo* proposto com o objetivo de prestação de coisas, mediante condições que submetem as partes em nome da própria Administração ⁶.

4. Gaston Jèze, *Théorie générale des contrats administratifs*, Definition du contrat, Caracteristiques du contrat administratif, in *Les principes généraux du droit administratif*, Paris, 1934, 1.^a parte, p. 1-3.

5. Roger Bonnard, *Précis de droit administratif*, Paris, 1935, p. 40.

6. Nas hoje amplas relações entre Administração e particulares, as indecisões doutrinárias aos poucos vão desaparecendo. No entanto, não podemos deixar de apreciar, pelo menos historicamente, a valiosa contribuição de Recaredo F. de Ve-

Certamente, não se pode logicamente opor, em matéria de regime administrativo, a idéia de interesse à noção de serviço, pois não são apenas as pessoas titulares (no caso a pessoa pública) que caracterizam o regime, mas a *finalidade* que por último lhe dá a tônica no gênero contratual.

55. CONTRATO PRIVADO E CONTRATO PÚBLICO

A realidade mostra, com inúmeros exemplos concretos, que o contrato administrativo tem existência real e prática. Equívocas, entretanto, considerem-se as colocações especulativas, que, dentro de uma mesma esfera de atividade, confundem noções de igual significação fenomênica.

A unidade orgânica é uma só: a do contrato administrativo. Seja feito ou concluído com a Administração ou para a Administração. Valendo na doutrina, sem dúvida, as posições onde a prevalência pública faça-se dominante, a finalidade, no fato evidente, constitui o regime, até mesmo na hipótese das locações⁷.

Aliás, a expressão *contrato administrativo* consagrou-se, na linguagem corrente, vitoriosa, apesar das objeções teóricas, na doutrina e na prática, quer venha celebrada de uma maneira ou de outra, com a Administração ou entes administrativos. Somente a finalidade separa as categorias, pois serão sempre *administrativos* tanto os públicos como os de caráter previsto nas formas privadas⁸.

Pode portanto a Administração concluir contratos sem desfigurar o instituto contratual, aconteçam especificamente públicos ou especificamente sob módulos privados, todos eles porém *administrativos* pela finalidade

lasco, contida na *Introdução* da sua clássica obra, ainda indispensável aos estudiosos. O relato, pela sua importância, esclarece colocações realísticas, ao tempo em que foi escrito (v. *Los contratos administrativos*, Madrid, 1927, p. 1-60).

7. A lição de Léon Duguit, possuída de visão clara do fenômeno, ainda permanece no seu rigor de base científica. Não há como não sustentar, até agora, que não existe oposição entre a noção de contrato de Direito Público e contrato de Direito Privado. Um contrato, para Duguit, é uma categoria jurídica nos elementos que reúne no caráter e conseqüências (v. *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1930, t. 3, p. 434-5). Via de regra, quando a Administração contrata, o que importa chama-se *finalidade*. A expressão *administrativo* decorre necessariamente das situações jurídicas subjetivas que explicam o regime, do interesse e do serviço público. Nada mais.

8. Embora ainda haja especulações, na França, desde Jean Rouvière e G. Péquignot, não esquecendo Gaston Jèze e André de Laubadère, o contrato nas categorias administrativas pertence ao Direito Administrativo. Na Argentina, registrem-se as obras de Miguel Angel Berçaitz e Miguel S. Marienhoff. Na Espanha, destaque-se Recaredo F. de Velasco e Sabino Alvarez Gendín. Na Itália, Cesare Cammeo e Honorato Sepe. Em todos os manuais, tratados, cursos ou compêndios, o contrato administrativo faz capítulo especial.

quando qualificados nos efeitos⁹. O importante significa: satisfação concreta do interesse público, seja interno ou externo, com respeito aos serviços estatais.

No concernente à Administração, vem integrada como organização na ordem jurídica geral do Estado, não se conseguindo isolá-la do ordenamento jurídico positivo ao qual está submetida. *Stricto sensu* incorporou-se ao Direito Administrativo.

Há, sem dúvida, no entanto, como logo vamos ver, *unidade* na intenção e finalidade, entre a vontade, o interesse e os serviços públicos. Na terminologia apropriada, as categorias, como surpreendem, não renegam modalidades consagradas pelo ordenamento jurídico, embora as *nominações* alcancem valores exatamente figurados.

56. UNIDADE NA INTENÇÃO E FINALIDADE

Descartando suposições especulativas, não obstante ter ficado inócua a impropriedade do conceito, o contrato administrativo apenas aparece com um conteúdo diferente, “ou seja, ligado à noção de serviço público, essência e razão de ser do Estado moderno”¹⁰.

O serviço público (finalidade), vinculado ao interesse público (intenção), contribui para qualificação de contratos concluídos pela Administração, laborando regime de unidade capaz de categorizar situações jurídicas, “um acordo de vontades constitutivo distinguindo certos atos administrativos”¹¹.

O problema da unidade, entre a intenção e a finalidade, resguarda a natureza dos contratos administrativos, restando a causa (motivação), na base da contratação, como “uma condição essencial” e o “motivo determinante”¹². O que será necessário observar são precisamente os componentes visíveis na relação contratual.

Havendo consenso, uma recíproca integração da intenção e da finalidade constitui-se a relação, ficando as figuras dos contratos-tipos, con-

9. Eduardo García de Enterría fala com bastante clarividência de uma teoria que domina *iusadministrativa del contrato*, dada a presença da Administração na instituição contratual (v. La figura del contrato administrativo, *Revista de Administración Pública*, 41: 112-28, Madrid, 1963). Certo. Desde que não se desmereça a finalidade diversificada inerente às categorias. As variantes são inúmeras, conforme os contratos fiquem categorizados.

10. Eustórgio Sarria, *Derecho administrativo*, Bogotá, 1957, p. 190.

11. Pierre Vigny, *Droit administratif*, Bruxelles, 1953, p. 254.

12. Na doutrina francesa: Maurice Hauriou, *Jurisprudence administrative*, Paris, 1929, t. 3, p. 603; Georges Féquignot, *Théorie générale du contrat administratif*, Paris, 1945, p. 368-9.

forme a atividade predeterminada, devidamente ajustadas aos efeitos jurídicos bilaterais. Só conseqüentemente ocorre examinar o interesse legítimo, a ilegalidade ou os vícios denunciáveis.

57. CARACTERES DIFERENCIAIS NA FINALIDADE

Observando os *contratos-tipos*, na área própria do Direito Administrativo, dentro da intenção e da finalidade, fazendo uma mesma unidade, verifica-se a compatibilidade orgânica entre a vontade e as inúmeras variantes de serviços públicos, operando-se, na prática, a distinção de uma ou de outra atividade manifestada.

O enfoque de maior importância reside, com respeito à finalidade, em determinar a natureza do serviço a prestar, o que a Administração *quer* ao contratar, sobretudo na *ratio publicae utilitatis*, em harmonizar a subordinação jurídica com a necessidade do serviço. O problema, sendo de efeitos, também é de direitos.

Sem dúvida que o serviço público é um limite. Assim sendo, precisa vir qualificado para depois ser equacionado. Em se tratando de concessões ou de obras públicas, contemplam-se caracteres e efeitos diferenciados; de igual maneira quando analisados na tipicidade os serviços públicos industriais ou comerciais.

Na verdade, no momento da instrumentação contratual, tendo em vista os caracteres diferenciais, o serviço público aparece na sua *rigidez* e o contrato na sua *flexibilidade*. Sem, com isto, após formalização, ficarem os contratos expostos ao arbítrio e ao livre *imperium* da Administração.

Diante dos caracteres diferenciais na finalidade, as cláusulas tomam distintas correlações, dizem com a posição da Administração e com o interesse particular do co-contratante. Devem refletir o *tipo* de serviço. Serão sempre disposições relativas à prestação ou à execução, conforme as circunstâncias do momento.

Na extensão, diante da motivação da finalidade e dos efeitos, não são poucos os casos que configuram a variedade dos serviços públicos, os caracteres diferenciais que categorizam os contratos administrativos *em espécie*¹³, tornando o ajuste administrativo concreto conforme seja a natureza da atividade perseguida ou exercitada.

58. A ADMINISTRAÇÃO CONTRATANTE

Está claro que a Administração contratante, embora as partes possam ser iguais no contrato administrativo, em instante algum fica descompromissada com o serviço e sua normal execução. Em qualquer categoria

13. Hely Lopes Meirelles, Contratos administrativos em espécie, in *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo, 1978, p. 227-38.

contratual, persiste como que uma obrigação administrativa de zelar pelo interesse público em mãos do particular, de tutela ou controle na execução ou prestação de serviços.

Mesmo formalizado um contrato, a Administração não se aparta do interesse público na execução. O estrito cumprimento do pactuado constitui dever administrativo, já que o *mutuus consensus* na contratação pode transformar-se em *mutuus disensus* quando ocorrem circunstâncias negativas consideradas prejudiciais¹⁴.

A Administração reserva para si, na má execução ou na inexecução, o direito de exigir do co-contratante as prestações que lhe são devidas, alterando, modificando ou rescindindo o contrato na plena vigência. Não se trata, na hipótese, de um privilégio especial, mas de decisão unilateral que visa o cumprimento das obrigações assumidas.

Tomando medidas como tais, o que está em jogo não é necessariamente a imperatividade, a estabilidade ou a imutabilidade do contrato, mas sim a má execução ou a inexecução, o interesse e o serviço público, o descumprimento por uma das partes do acordo jurídico na sua eficácia e nos efeitos.

59. O CO-CONTRATANTE PARTICULAR

Recebido o serviço, adjudicada a obra, duas posições gerais nos contratos administrativos assume o co-contratante particular:

— uma de comprometimento ou de obrigações com o serviço a prestar ou a obra a realizar;

— outra de ser remunerado na base das estipulações prescritas no acordo formalizado.

Concluído o contrato, as obrigações devem ser conhecidas textualmente, ou seja, dentro das regras aplicáveis à execução. Em todo contrato administrativo “figuram estipulações relativas à remuneração pecuniária do contratante”¹⁵, variáveis, no entanto, conforme as prestações previstas.

O fundamental, para o equilíbrio frente à execução e à finalidade, “constitui-se pela natureza jurídica da remuneração, montante dela no sentido de valor e modalidades de pagamento”¹⁶. Indubitavelmente a remuneração representa garantia de execução normal e condição essencial na relação de exação administrativa.

14. Miguel Angel Berçaitz, *Derechos de la administración pública*, in *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, 1952, p. 297-8.

15. Gaston Jèze, *Droit du contractant à la rémunération pécuniaire inscrite dans le contrat administratif*, in *Les principes*, cit., 2.^a parte, p. 543.

16. “La rémunération est un élément essentiel du contrat administratif. L’absence de cet élément essentiel aura ordinairement pour résultat juridique l’inexistence du contrat” (v. Gaston Jèze, op. cit., 2.^a parte, p. 544).

Realmente, “as bases de retribuição do co-contratante fazem a contrapartida das obrigações”, isto é, “o preço do serviço, da obra ou da prestação”¹⁷. No instante da formalização, todo contrato administrativo não pode prever repercussões futuras nas condições de prazo e pagamento, nem condições que inexistam no momento da celebração.

Numa linguagem menos técnica, o co-contratante deve executar as obrigações a seu cargo de maneira correta e com diligência, a fim de não violentar regras ajustadas e não incorrer em sanções que, aplicáveis, prejudicam a relação, possivelmente nulificando o acordo na origem, na validade ou nos efeitos obrigacionais¹⁸.

Bem dizendo, o equilíbrio dos contratos administrativos depende mais das estipulações atuais do que dos acontecimentos futuros, muito menos da imprevisão que do cumprimento correto das obrigações, ficando, *in casu*, a intangibilidade da remuneração como um pressuposto de menores riscos, embora possam, no *tempo da execução*, surgir inesperados incidentes executórios¹⁹.

Mesmo considerando a sujeição ao interesse público, as cláusulas remuneratórias, mediante fixação de caráter técnico, devem ser valoradas pela Administração. O respeito pelas regras na execução contratual implica fazer observar na realização do contrato a disciplina regulada dele decorrente.

60. FINALIDADE E FORMA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A *forma*, como figura envolvente da *finalidade*, há de corresponder à natureza do serviço ou da obra. Contudo, em face da finalidade que a domina, não apresenta particularidades essenciais. Na sua expressão jurídica, os *administrativos*, como contratos, aparecem vestidos com a roupagem que lhes oferece o Direito Privado.

A finalidade, sim, esta é definidora e qualificadora. O que importa na forma, em razão da finalidade, é conter todas as cláusulas indispensáveis à completa execução contratual²⁰, criando, para cada tipo de con-

17. Julio A. Prat, Los actos y los contratos administrativos, in *Derecho administrativo*, Montevideo, 1978, t. 3, v. 2, p. 304-5.

18. André de Laubadère, Les obligations du particulier cocontractant, Étude particulière des diverses catégories de sanctions, in *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris, 1956, t. 2, p. 101-144.

19. André de Laubadère, La rémunération du cocontractant, Fondement de l'intangibilité, in *Traité*, cit., t. 2, p. 203-7.

20. “Toda atividade jurídica da Administração Pública é formal, e em matéria contratual com muito maior razão, pois a manifestação de sua vontade deve fazer-se de maneira precisa e inequívoca” (v. Miguel Angel Berçaitz, op. cit., p. 225).

trato, regime jurídico peculiar. A *forma*, por assim dizer, na prática, coordena e ordena os elementos do contrato.

Observada a motivação, atendida a finalidade, nos contratos administrativos, a forma faz o *componente último*. A decisão administrativa, qualquer que seja na esfera de competência, “deve documentar-se para que possa ter vida e conseqüências jurídicas”, tanto nos atos como nos contratos ²¹.

Requisito e não elemento, a *forma* em matéria contratual consagra o entendimento, dando-lhe viabilidade jurídica. Constitui *instrumento* de garantia das partes nas relações e obrigações. Reunindo os elementos, substancializa o contrato na sua unidade orgânica. Oferece aos contratantes documento hábil à pronta execução.

Como veremos, no prosseguimento deste estudo, para os diferentes tipos de contratos administrativos, a *forma* é o próprio contrato. No geral, as formas identificam-se instrumentalmente, particularizando-se nas espécies. A distinção entre um e outro contrato, porém, reside obviamente na finalidade, ou seja, nos efeitos.

21. Miguei Angei Berçaitz, op. cit., p. 226.

INSTITUIÇÕES CIVIS E INSTITUIÇÕES ADMINISTRATIVAS

Sumário: 61. Os conceitos civis nos contratos administrativos. 62. Universalidade do contrato e interesse público. 63. Faculdades e condições. 64. Preposições doutrinárias e proposições jurídicas. 65. Conhecimento dos preceitos objetivos. 66. Influência das regras privadas. 67. A diferença dos contratos civis. 68. Rígores e regras consensuais.

61. OS CONCEITOS CIVIS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A postura civilista, na atividade administrativa, não é de surpreender, nem simplesmente de desprezar. Difícil desconhecer que as formulações jurídico-civis influenciaram na formação do Direito Administrativo, ou que não tenha esta disciplina buscado nas instituições de Direito Privado os fundamentos das instituições administrativas¹.

Fique assentado, por força de conhecimento histórico, “que as instituições e preceitos do Direito Civil serviram de base ou ponto de partida para as instituições e conceitos administrativos”², sobretudo em matéria de bens, pessoas jurídicas, atos e contratos, não deixando de vingar nos aspectos práticos *verdades* que, ajustadas a *princípios gerais*, adequaram problemas a soluções objetivas³.

1. A velha polêmica, querendo para o Direito *compartimentos estanques*, perdeu todo seu caráter de realismo objetivo e científico. Os *nexos* jurídicos continuam vivos nas instituições. O processo de construção do Direito Administrativo, “sua distinção clara e paulatina do Direito Civil, é obra dos nossos dias” (v. Jesus Luis Abad Hernando, *Autonomía conceptual de las instituciones del derecho administrativo*, Córdoba, 1967, p. 24). O problema está em saber, diante da ordem jurídica positiva, onde estão as diferenças. As técnicas civis, sem dúvida, inspiraram as técnicas administrativas. No entanto, “os limites estão perfeitamente marcados”, não se podendo de há muito falar propriamente “em relações estritas”, mas sim “em relações de continuidade”, porque o que existem são “contratos”, entre um e outro direito (v. Rafael Bielsa, *Relaciones del código civil con el derecho administrativo*, Buenos Aires, 1923, p. 13-33).

2. Jesus Luis Abad Hernando, op. cit., p. 34.

3. Verifique-se que o processo de absorção do Direito Civil pelo Direito Administrativo consolidou-se plenamente nas instituições administrativas. Ficam bastante

Nos contratos administrativos, as notas preponderantes, sensivelmente “caracterizando com exatidão o contrato”, fazem o conceito convergir para “um objeto diferente e que se determina por fins diversos”⁴. Não é por isso porém que devemos perder de vista o Direito Civil e os Códigos Civis.

O que importa, para o estudioso hermeneuta, são os critérios jurídicos distintivos, não deixando de possuir importância os *pontos comuns* e as exigências jurídicas que dão unidade ao instituto contratual. No sentido técnico de formação, o problema certamente deriva de relações públicas, já que a prestação de serviço vincula-se a interesses administrativos.

Em termos gerais, todo contrato, realizado pela Administração com finalidade de serviço público, é um contrato administrativo. Mas não cabe a ninguém, observando as contratações públicas, abster-se do conhecimento da figura jurídica nas projeções fundamentais, pois no mérito da problemática um contrato *é sempre um contrato*.

62. UNIVERSALIDADE DO CONTRATO E INTERESSE PÚBLICO

Basta, para enquadrar um contrato administrativo, a sua finalidade. A afirmativa porém não passa de uma questão de conceito jurídico. Conceito que não pode, no tocante ao papel da Administração, deixar de aferir valores substanciados no ordenamento jurídico positivo⁵.

Na verdade, à luz dos princípios jurídicos gerais, “entre as normas codificadas nas relações de Direito Privado, existem normas fundamentais que abarcam igualmente tanto o Direito Privado como o Direito Público”⁶. Normas cuja universalidade pertence tanto ao Direito Privado como ao Público, porque pertencem ao Direito.

Nunca, numa concepção ampla do Direito, estiveram tão aproximadas, como hoje estão, as instituições privadas e as instituições administrativas.

esclarecedoras, com respeito ao *ius novum*, as lições de E. Laferrière, Léon Duguit, Maurice Hauriou, Manuel Colmeiro e Santi Romano. Mais modernamente, considerando objeto, finalidade e meios, consultem-se: Marcel Waline, Georges Vedel, Rafael Bielsa, Renato Alessi, Fernando Garrido Falla e Ernst Forsthoff.

4. Recaredo F. de Velasco, *Los contratos administrativos*, Madrid, 1927, p. 32.

5. “O contrato administrativo, como qualquer outro contrato, para ser considerado como uma realidade do mundo jurídico, requer *formar-se*... Requer duas coisas fundamentais: 1.º) que as partes expressem ou exteriorizem sua vontade; 2.º) que o contrato fique perfeccionado. Todo contrato, seja de Direito Privado ou Público, é, sempre, essencialmente, um *ato voluntário*. Este constitui um princípio básico e elementar de Direito” (v. Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1978, t. 3-A, p. 135). Daqui partem os pressupostos inarredáveis, o que de início necessita um contrato administrativo para ser validamente interpretado.

6. Miguel Angel Berçaitz, neste ponto, explica as posições de Paul Laband (1896) e Ludovico Barassi (1913), hoje ajustadas à realidade do instituto contratual (v. *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, 1952, p. 107).

Não que se houvesse transformado ou desfigurado a figura do contrato, mas porque, na sua atividade, o Estado ampliou sua atuação descentralizadora no campo social e econômico.

Precisamente por isso, nos contratos, pelos seus elementos, as características sempre serão as mesmas⁷. Irrelevante o argumento de que a Administração não pudesse usar dos procedimentos do Direito Privado ou utilizar-se deles para realizar serviços com exclusivas finalidades públicas.

Na equivalência de valores, que decorrem das normas jurídicas, o que vale para os contratos administrativos é a sua *razão de ser*, a finalidade na satisfação de um interesse público, ficando o problema *contrato* no Direito Administrativo tão concreto como o é no Direito Civil.

O interesse público, dominando o contrato e a sua causa, não impõe desrespeito pelas regras técnicas dos códigos de Direito Privado, pois “estas regras se aplicam indiscutivelmente nos contratos celebrados pela Administração, ainda que para assegurar o funcionamento dos serviços públicos”⁸.

A questão sempre de *finalidade*, portanto nunca analógica, para ser equacionada, tem em mira as exigências do serviço público, não prerrogativas especiais, nem privilégios que afetem relações ou obrigações assumidas.

63. FACULDADES E CONDIÇÕES

A diferença dos contratos *administrativos* dos contratos *civis* resulta na origem:

- da Administração ter faculdades para impor condições exorbitantes;
- do particular não poder discutir as condições oferecidas.

Em face dos dois pressupostos só o critério do interesse público, e por consequência do serviço, justifica a contratação e a relação estabelecida. Embora os serviços possam visar fins industriais ou comerciais onde as regras sejam as de Direito Privado⁹, tais serviços, não poucas vezes, são administrativos.

Evidentemente, não são as regras privadas que preocupam, mas “as peculiaridades funcionais administrativas e a atividade peculiar” da Admi-

7. “Em definitivo, podemos concluir que nos domínios do direito comum existe na realidade um gênero que é o *contrato* e várias espécies deste no Direito Público e no Direito Privado” (v. Miguel Angel Berçaitz, op. cit., p. 110).

8. Eustorgio Sarria, *Derecho administrativo*, Bogotá, 1957, p. 192.

9. Mestre André de Laubadère não colocou o problema com a precisão esperada, deixando interrogações supérfluas quando o que deveria fazer seria harmonizar a *conclusão* do contrato à sua *finalidade*, embora reconheça que os contratos concluídos para serviços públicos industriais e comerciais não sejam necessariamente de direito comum (v. *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris, 1956, t. 1, p. 61-2). O problema reside não nas regras aplicáveis, mas na finalidade que justifica o regime.

nistração¹⁰. Voltamos a ponderar: o critério da finalidade específica ou própria da Administração *é o mais* jurídico, além de ser o mais condizente com a natureza dos serviços.

Por outro lado, aproximando as instituições civis das instituições administrativas, chegamos a duas colocações inafastáveis:

— a “teoria fundamental que domina a execução dos contratos administrativos é a mesma que domina o Direito moderno”;

— “as partes contratantes são obrigadas a executar de boa fé as respectivas obrigações conforme condições estipuladas”¹¹.

O que o Direito Administrativo não diz, recebe informativamente do Direito Civil, tanto com respeito à formação dos contratos públicos como no tocante ao cumprimento das obrigações contratuais. O que se torna preciso é fixar conceitos, não consolidar preconceitos. O interesse, quando *geral*, exige rigorosa adequação jurídica.

64. PREPOSIÇÕES DOUTRINÁRIAS E PROPOSIÇÕES JURÍDICAS

Entretanto, atendendo a interferência da Administração e a finalidade como elemento transcendente, jamais fica excluída a possibilidade da existência de contratos administrativos com regime de Direito Privado, nos quais participem pessoas jurídicas públicas.

Verifique-se “que o contrato de obra pública tem similitude com o de obras no Direito Civil; o contrato de função pública com o de locação de serviços; o de empréstimo com o mútuo”, aparecendo apenas o de concessão como “privativo do Direito Administrativo”¹².

A exorbitância, no momento do oferecimento contratual, “não provém dos serviços senão do interesse público que deve executar o poder administrativo”¹³. Na oportunidade, com maior ênfase, estudaremos o assunto das cláusulas exorbitantes, em razão das inúteis mas árduas preocupações doutrinárias.

No entanto, concretadas as relações, determinada a finalidade, as *preposições* doutrinárias nada têm a ver com as *proposições* jurídicas; com o que era antes *vontade* e depois passa a *direito*. Nos contratos, ultrapassada a fase preparatória, resta o acordo formalizado, as obrigações assumidas *formalmente* pelas partes.

10. Manuel María Díez, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1967, t. 2, p. 454.

11. No entender de Gaston Jèze isto é “capital” e “essencial”, não “comportando desenvolvimento especial” (v. *Théorie générale des contrats de l'administration*, in *Les principes généraux*, Paris, 1934, 1.^a parte, p. 180).

12. Bartolome A. Fiorini, *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1968, t. 1, p. 412.

13. Bartolome A. Fiorini, *op. cit.*, t. 1, p. 420.

65. CONHECIMENTO DOS PRECEITOS OBJETIVOS

Na origem e na estrutura dos contratos administrativos, o hermeneuta fica subjugado pelo conhecimento de preceitos que devem ser objetivamente considerados:

- os constitucionais;
- os civis;
- os administrativos.

Os *constitucionais* impondo limitações, garantias, dependências e prerrogativas¹⁴. Os *civis* oferecendo normas de pureza original ou regras aplicáveis no campo do Direito Público¹⁵. Os *administrativos* compatibilizando interesses com a ordem jurídica.

Não se trata, contudo, de admitir um caráter subsidiário para as instituições administrativas, mas, ao contrário, compreender a integração de princípios e normas que na prática administrativa *conformam e modelam* as figuras nos casos concretos¹⁶.

Assim, hoje não é mais possível dizer que as *formas* contratuais não tenham inspiração privada e no Direito Civil. Basta o exame da regra *competência* (função) e da regra *capacidade* (legal consentimento) e aí temos o tipo contratual administrativo.

A questão do regime só podemos buscar, para bem caracterizar, na ingerência da Administração e na finalidade pública. O embasamento, afastadas as controvérsias, não prejudica a coerência jurídica ou a correspondência das formas, nem prejudica normais atividades administrativas no campo do Direito Privado.

66. INFLUÊNCIA DAS REGRAS PRIVADAS

O que a Administração pode ou deve prestar, obediente à regra da função (norma) e ao princípio da competência (organização), dando ou fazendo por intermédio de terceiros, resume-se em relações de direito subjetivo público.

Nos contratos, onde a Administração participa, o interesse legítimo (público) e o interesse particular (privado), embora circunstâncias imprevistas possam acontecer, têm suporte no ordenamento jurídico¹⁷.

14. Na Constituição brasileira, Da ordem econômica e social, t. 3, destacando-se o art. 167, que diz com "o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais".

15. Agustín A. Gordillo, Relaciones con el derecho civil, Evolución y estado actual de la aplicación del derecho civil a la administración pública, in *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1974, t. 1, p. VI-2-4.

16. Agustín A. Gordillo, op. cit., t. 1, p. VI-3.

17. Vale a remissão: "*L'interesse legittimo è un interesse individuale strettamente connesso con un interesse pubblico, e protetto dall'ordinamento giuridico sol-*

Todavia, nunca é demais, para entendimento dos contratos administrativos, não somente diferenciá-los dos contratos civis, como também compreender a influência das regras de Direito Privado sobre a natureza deles. Essa é a posição evidentemente realista.

Geral categoria jurídica, de há muito integrada no Direito Administrativo, os contratos administrativos continuam a exigir nas origens conhecimento:

- do que o Direito Civil, em particular, trouxe para resolver situações nas esferas públicas;

- do que as regras de Direito Privado contribuíram para o conceito da espécie contratual administrativa ¹⁸.

Correto, doutrinariamente, e na prática, que as diferenças que existem levam às seguintes conclusões:

- o serviço público e a utilidade pública passaram a critérios determinantes do contrato administrativo;

- a idéia de serviço público ou de utilidade pública constitui o núcleo da noção de contrato administrativo;

- o serviço público e a utilidade pública, fazendo o objeto, estabelecem regime e relação na contratação.

Não parece ser, portanto, como veremos, a inserção de cláusulas exorbitantes que convertem um contrato em contrato administrativo, mas a intenção volitiva dominante de realizar com a colaboração do particular *finalidade* de interesse público.

67. A DIFERENÇA DOS CONTRATOS CIVIS

Atuando a Administração no campo do Direito Público, nada mais lógico que sua atividade contratual reflita diretamente interesse de serviço público. No interesse, motivado e finalístico, encontra-se a diferença entre os contratos administrativos e os civis.

Conforme já nos referimos, dupla exigência qualifica, nas origens, os contratos administrativos:

- a fundada na organização político-administrativa;

- a de atividade peculiar e própria dos serviços a executar ou a prestar.

Com os contratos de Direito Privado isso não acontece, porque o vínculo exclui a motivação pública, nada tem a ver com o oferecimento feito mediante o ato de autoridade, conquanto no gênero ambas as categorias gerem vontades criadoras de situações jurídicas.

tanto attraverso la tutela giuridica di quest'ultimo" (v. Guido Landi e Giuseppe Potenza, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 1960, p. 146). Também: Guido Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, t. 1, p. 189.

18. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Curso de direito administrativo*, São Paulo, 1979, p. 198-9.

Só uma realidade permanece, a de que a Administração, segundo o direito positivo, ao estipular normas, não se despoja das suas prerrogativas de poder, mas mesmo assim compromete-se na formalização contratual aos limites que ela mesma ditou e consagrou¹⁹.

Contudo, o primado do interesse geral, público ou de utilidade, prevalece sobre o interesse particular somente na hipótese de conflito, do desatendimento no comprometido ou falhas na execução correta de obras e serviços.

Diferem os contratos administrativos dos civis, porque ao contrário destes qualificam-se na origem por força de ato administrativo, *ato* que do exercício permitido da função administrativa traduz *efeitos* onde o interesse geral supera motivações particulares.

68. RIGORES E REGRAS CONSENSUAIS

Na verdade, a Administração, quando vai ao particular para contratar, oferece certos *rigores* que, incorporados ao pacto como *regras consensuais*, visam assegurar o funcionamento dos serviços²⁰. Tal posição, entretanto, não afiança que haja privilégios ou prerrogativas exorbitantes.

Aliás, convém não confundir privilégios ou prerrogativas com interesses públicos. O próprio conceito de privilégios, como a noção de prerrogativas, expressa limitações. Depende, na prática, do interesse público figurado, e, por consequência, dos serviços a contratar.

A utilização dos *modos* comuns na gestão pública, das regras civis e comerciais, de instrumentos antes próprios do Direito Privado, absolutamente não conflita com o interesse público nem com eventuais privilégios ou prerrogativas que os serviços possam exigir para serem prestados.

Interligadas nos fundamentos, as instituições civis e administrativas, na órbita da Administração, possibilitam o equilíbrio na atuação pública, proteção das pessoas que dela participam, quer integradas na função, quer recebendo serviços.

19. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, op. cit., p. 199-200.

20. "Quando se trata de assegurar o funcionamento do serviço público, não se invocam necessariamente os próprios textos do Código Civil ou as leis do Direito Privado, que regem as relações entre particulares, em hipóteses análogas. Ao contrário, é indispensável inspirar-se nas idéias gerais que justificam tais textos, que devem conciliar-se com as necessidades do funcionamento regular e contínuo do serviço público" (v. José Cretella Júnior, Contratos administrativos, in *Tratado de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1967, v. 3, p. 17).

3.^a PARTE

- SINGULARIDADES DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS
- FATOS QUE PREJUDICAM A NORMAL PRESTAÇÃO CONTRATUAL
- TUTELA PELA FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS
- INFRAÇÕES E SANÇÕES NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

SINGULARIDADES DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Sumário: 69. O equilíbrio financeiro. 70. Preços e tarifas. 71. O contrato não cumprido. 72. Controle na execução. 73. O problema da imprevisão. 74. O fato do príncipe. 75. Interpretação das regras contratuais. 76. Infrações e penalidades.

69. O EQUILÍBRIO FINANCEIRO

As *singularidades* não prejudicam as *características*. Pelo contrário, integram-se nelas em razão do figurado interesse e conforme a natureza da finalidade¹. Mediante isto precisamente, os contratos *administrativos* ganham valores que previnem a execução e a regularidade dos serviços.

Dois aspectos, facilmente observáveis, compõem os esquemas abaixo discriminados:

Intrínsecos	{	equilíbrio financeiro; preços e tarifas; contrato não cumprido; controle na execução.
Extrínsecos	{	imprevisão; fato do príncipe; interpretação das regras; infrações e penalidades.

Na base das relações fica o indispensável *equilíbrio financeiro*, envolvendo obrigações e correspondentes direitos; o equilíbrio, ou a equação econômico-financeira do contrato, preservando, numa proporção matemática, exatos e recomendados critérios executórios².

1. Neste livro, 2.^a parte, Cap. VI.

2. Sergio de Andréa Ferreira, Contratos administrativos, in *Direito administrativo didático*, Rio de Janeiro, 1979, Cap. XIII, p. 221.

Sem dúvida, o equilíbrio financeiro, que é o próprio contrato, dá estabilidade às contratações, tornando realizável a finalidade; coloca-se, nos vários tipos ou categorias, conforme o ajustado e certas causas supervenientes capazes de provocar *ruptura* nas relações³.

Sendo o serviço o que quer promover ou realizar, está claro que no plano técnico-jurídico a equação financeira, valorizando a harmonia entre as partes, constitui, no momento, verdadeira medida de segurança, embora a *equivalência* possa sofrer imprevistos desajustes⁴.

Em princípio, a equação financeira é inalterável, passando a alterável, pela revisão de preços ou tarifas, nas hipóteses de o contrato não poder ser cumprido e de o controle na execução verificar existência de fatos que impeçam o regular cumprimento das normas pactuadas.

70. PREÇOS E TARIFAS

Da equação financeira, naturalmente, decorre o equilíbrio econômico, compreendido dentro de prestações e contraprestações do preço e da tarifa cobrindo obras e serviços. Quanto ao *preço*, representa valores reais estipulados; a *tarifa*, valores qualificados de retribuição comprometida enquanto viger o contrato.

O problema, na atualidade contratual, ou seja, no momento da formalização, reside na correspondência entre o preço e a obra, entre a tarifa e o serviço, de maneira a conduzir o interesse público a sua plena realização prática. A revisão é outro problema a ser equacionado, diante da presença de fatores ádvenas.

Compõe-se a equação financeira ou o equilíbrio econômico, “como a relação que se estabeleceu entre as partes contratantes no momento da conclusão do contrato, consistindo num conjunto de direitos e de obrigações do particular contratante”, consagrado no regime por regras exatamente definidas⁵.

Falando das contribuições, ou prestações devidas ao co-contratante, de preços ou tarifas, elas têm origem na dependência “associativa entre os pactuantes caracterizando o contrato administrativo e explicando simultaneamente as exigências de interesse geral”⁶. Certas cláusulas, assim, passam a ter conteúdo econômico.

3. André de Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris, 1956, t. 2, p. 32-6.

4. Georges Péquignot, *Des contrats administratifs*, Paris, 1953, p. 10-2; Marcel Waline, *Droit administratif*, Paris, 1963, p. 18-20.

5. José Cretella Júnior, Contratos administrativos, in *Tratado de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1967, v. 3, p. 54.

6. Julio A. Prat, Los actos y los contratos administrativos, Los derechos del contratista, in *Derecho administrativo*, Montevideo, 1978, t. 3, v. 2, p. 304-6.

Daí por que, em nome do interesse geral ou público, na realização de obras ou prestação de serviços, dois pressupostos antecipam entendimento na formalização:

— o da *proporção*, entre as obrigações do co-contratante e sua remuneração;

— o da *obrigatoriedade*, no cumprimento das regras contratuais.

Dos pressupostos consensuais antecipados exteriorizam-se situações fáticas como a do contrato *não cumprido* e a do necessário *controle na execução*. Não se pode deixar de considerar em certos regimes a presença da cláusula *rebus sic stantibus* dominante nas contratações públicas ⁷.

Contudo, tal cláusula só tem real aplicação jurídica fora das circunstâncias culpáveis ou responsáveis, pois a imprevisão não pode ser simplesmente aceitável para consagrar relações maculadas ou justificar permanência no futuro de regras desrespeitadas com prejuízo dos serviços contratados.

71. O CONTRATO NÃO CUMPRIDO

O estudo do contrato *não cumprido* envolve ampla variedade de aspectos jurídicos analisáveis nos casos concretos, já que o descumprimento tanto pode partir da Administração como do contratante particular.

Evidentemente, o problema é de *causas* prejudicando os *efeitos*, de relações que se enfraquecem pela perda do equilíbrio, merecendo lembrança fatos transcendendo vontades, sobretudo acontecimentos estranhos anormalizando a execução contratual ⁸.

Como o interesse público, geral e não particular, está por detrás da função, da obra ou do serviço, a responsabilidade concernente à Administração desdobra-se:

— em *obrigações* administrativas;

— em *deveres* administrativos.

As obrigações decorrem do próprio contrato: os deveres do controle nos procedimentos executórios. Compete à Administração, em razão da finalidade, tutelar as operações de execução, segundo os *modos* convenionados e conforme *poder de direção* potestativa ⁹.

Desnecessária, no contrato *não cumprido*, a existência de cláusulas cautelares. O silêncio, em momento algum da execução, tira da Administração prerrogativas de tutela, principalmente nas hipóteses de anormalidade executória, podendo a tutela, quando exercitada, chegar até a extinção definitiva das relações.

7. Henri Zwahlen. *Le contrat de droit administratif*, Zürich, 1958, p. 643.

8. Julio A. Prat, op. cit., t. 3, v. 2, p. 300-3.

9. Georges Péquignot, op. cit., p. 313.

72. CONTROLE NA EXECUÇÃO

O que faz do *administrativo* um contrato diferente dos *privados* é o controle permanente da execução, nas *obras* até a sua efetiva realização final, nos *serviços* da continuidade indispensável às prestações exatamente comprometidas.

Respeitando aquele “corpo de princípios que constituem a teoria geral dos contratos administrativos”, o controle na execução provém da especialidade, dos critérios que no geral ficam traduzidos em capituladas regras positivas¹⁰.

De onde a conclusão:

- existem, por certo, princípios comuns a todos os contratos;
- outros, a mais, de tônica especial porque finalísticos.

Os direitos e as obrigações fluem da normal execução. O direito, por assim dizer, “primário e essencial da Administração, consiste em exigir do co-contratante o cumprimento do convencionado, conforme o estipulado”¹¹. Aqui localiza-se o controle executório.

O controle, assim, como ação de tutela, na generalidade dos contratos administrativos, detém-se na observância da normal execução, isto é, na possibilidade material executória, nos prazos quando injustificam o retardamento, na perseguição por etapas ou não das prestações ajustadas.

73. O PROBLEMA DA IMPREVISÃO

A *imprevisão*, no entanto, apenas uma teoria, não anula *previsões* objetivamente equacionadas. O contrato administrativo é algo mais que o contrato comum no âmbito do Direito Privado. Surpreende pelas singularidades admitindo, entre a formação, a formalização e a finalização, que ocorram circunstâncias excepcionais.

No plano prático a imprevisão significa conhecimento dos motivos pelos quais o contrato normal não foi cumprido. No teórico alinha hipóteses futuras ligadas à finalidade do acordo. Somente quando as prestações não se resolvem regularmente na reciprocidade destacam-se as exceções¹².

10. Jean Rivero, *Droit administratif*, Paris, 1962, p. 98-9.

11. Miguel S. Marienhoff, Contratos administrativos, in *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1978, t. 3-A, p. 349.

12. A regra da *exceptio non adimpleti contractus* não é de fácil aplicação pelo Direito Administrativo, dominado pelas exigências do interesse público. Há que atender às circunstâncias como se apresentam, rompendo a estrutura do contrato. Caso fortuito, força maior e fato do príncipe criam situações inesperadas. A referência às *áreas*, hoje “integrando a terminologia do Direito Administrativo”, *lato*

O fenômeno da imprevisão há de ser considerado somente no desenvolvimento das fases ou etapas executórias porque faz problema de tempo jurídico. Nunca antes, porque nas contratações normais, obviamente *ab initio*, prepondera a equação do equilíbrio econômico-financeiro. Está claro que, na prática, não pode o intérprete deixar de apreciar os riscos imprevisíveis.

Logicamente, da existência do contrato normal formalizado, é impossível por antecipação esperar *atos imprevisíveis*. Do contrário, as irregularidades, ou senão a invalidade, seriam conseqüências de falhas na equação econômica ou de falso equilíbrio financeiro do contrato, o que levaria à responsabilização.

74. O FATO DO PRÍNCIPE

Com o *fato do príncipe*, expressão incorporada aos direitos nacionais, a questão na relação contratual é direta, de responsabilidade. Embora *in casu* possa haver prerrogativa pública, a intervenção no contrato, por força de ato de autoridade, afeta condições pactuadas, levando ao ressarcimento indenizatório¹³.

Não que a Administração não possa intervir, mas porque intervindo responde pelo rompimento do acordo formalizado, visto seu normal e adequado cumprimento. *Ratio iuris*, na hipótese, sem dúvida, o ato é imputável, uma vez que, rompendo o equilíbrio econômico, impõe reparação financeira.

sensu, na feliz expressão de J. Cretella Júnior, "são acontecimentos futuros que influem na economia dos contratos administrativos" (v. *Tratado*, cit., v. 3, p. 79). Fazem, não obstante, fatores *aleatórios* a serem examinados conforme eventuais dificuldades executórias. O conflito se dá entre a previsão (*pacta sunt servanda*) e a imprevisão (*rebus sic stantibus*). A imprevisão, por sua vez, vem submetida a três condições: 1.º) ela independe da vontade; 2.º) ela resulta de acontecimentos imprevisíveis; 3.º) ela afeta situações financeiras (v. M. Roger Pinto, *Cours de droit administratif spécial*, Paris, 1960, p. 123). "A teoria da imprevisão é uma doutrina que ficou imposta no Direito moderno depois da I Guerra Mundial e em especial no Direito Administrativo; durante a execução do contrato, podem sobrevir circunstâncias imprevisíveis e extraordinárias, razão pela qual a doutrina é uniforme em admitir sua aplicação nos contratos administrativos, como por exemplo: uma guerra internacional, uma crise econômica, uma inflação monetária local ou mundial e outras causas que não puderam ser previstas no momento de firmar-se o contrato" (v. Luis Enrique Chase Plate, *Los contratos de la administración*, mimeografado, Mendoza, 1977). Também, com respeito ao Direito paraguaio, onde o fenômeno imprevisão, conforme os arts. 50 e 80 da Constituição, assume caráter de norma constitucional (v. Justo Pucheta Ortega, *El contrato administrativo*, fotocopiado, Mendoza, 1977). V. João Alves da Rocha Loures, *Da cláusula "rebus sic stantibus" nos empréstimos públicos externos*, Rio de Janeiro, 1936; Darci Bessone de Oliveira Andrade, *Aspectos da evolução da teoria dos contratos*, São Paulo, 1949.

13. Jean Rivero, op. cit., p. 122; Georges Vedel, *Droit administratif*, Paris, 1973, p. 257.

O *fait du prince*, na sua origem doutrinária, fazendo intervenção, surgindo de atos, alterando cláusulas contratuais, modificando condições de execução, causando lesões ao co-contratante, torna responsável a Administração pelos efeitos jurídicos e pela inexecução contratual¹⁴.

Verdadeiramente, na história dos contratos, fato um tanto duvidoso, o do *príncipe* ou de autoridade, projeta-se na situação econômica do co-contratante. “outorgando-lhe o direito de exigir a reparação definitiva do prejuízo causado” ou a imediata restauração do contrato alterado em virtude das medidas unilaterais¹⁵.

Merece menção entre as singularidades dos contratos administrativos, já que o ato de alteração das condições estipuladas pode agasalhar o arbítrio ou a discricionariedade, vício que venha atingir a vontade manifestada ou o consentimento declarado no momento da formalização contratual.

75. INTERPRETAÇÃO DAS REGRAS CONTRATUAIS

Se há regras, ordenando juridicamente o contrato administrativo, tais regras devem ser interpretadas no sentido literal e gramatical. As dúvidas ocasionais, após a formalização, só podem provir da execução e das etapas executórias.

A não ser que o contrato venha viciado, o problema não é de interpretação e sim de invalidade, de relações que não condigam com a lei e a norma. A Administração não pode hoje *querer* e amanhã *deixar de querer*, mas pode exercitar-se ilegalmente.

Dois pontos estão sempre presentes:

— o da finalidade e do interesse público no momento da formalização contratual;

— o do interesse público desatualizando-se e prejudicando a finalidade.

É demasiadamente perigoso, nos contratos administrativos, em razão da obra ou do serviço já comprometido economicamente, que uma “vontade atual” possa invalidar uma “vontade passada”¹⁶, ficando o *documento* sem nenhum valor instrumental e jurídico.

Embora a obra ou o serviço passem a desnecessários, o contrato fica incólume, íntegro como instrumento jurídico, a não ser que se verifique

14. André de Laubadère, *Le fait du prince*, Conditions d'application de la théorie du fait du prince, in *Traité*, cit., t. 3, p. 23-5.

15. J. Cretella Júnior, op. cit., v. 3, p. 63.

16. Consideramos *falsa* a posição de Georges Péquignot, ponderando que “a vontade administrativa deve interpretar-se em função do objeto que é o serviço público” (c. *Des contrats administratifs*, cit., p. 272). Para nós não é a *vontade* atual ou *passada* que fica em apreciação, mas o contrato nos seus exatos termos jurídicos. Claro, no entanto, que, motivada, possa a Administração mudar seu comportamento. Contudo responde e sensibiliza o direito ressarcitório.

na execução quanto à obrigação de executar a existência da imprevisão ou de “*aléas econômicas e imprevisíveis*”¹⁷.

A questão aqui, na devida colocação jurídica, é exclusivamente de direito quando os fatos na execução contratual são controversos, não de contrato. Este, se administrativo, deve ser interpretado diante das normas especiais ou particulares que o regem.

Entre a formalização contratual e a execução há uma dualidade de situações jurídicas:

— a do instrumento *firmado*, sancionado pelas partes, gerando direitos e obrigações;

— a da *execução*, a ser examinada em razão da obra ou do funcionamento do serviço.

Toda interpretação extratextual não resguarda direitos, nem obrigações. Não será nunca uma interpretação autêntica, mas sim uma interpretação capaz até de criar um contrato novo. Poderá valer, na maioria dos casos, como regra nova modificativa ou substituta das precedentes.

76. INFRAÇÕES E PENALIDADES

Exatamente, outro problema a equacionar, de execução, é aquele das infrações e penalidades. Considera-se responsável, nas contratações administrativas, a parte que descumprir obrigação líquida, certa e determinada na reciprocidade.

Do lado da Administração, o valor avaliável das obrigações limita-se ao ressarcimento dos danos causados. Entretanto, sendo a parte lesada pelo inadimplemento, conforme o estado da obra ou serviço, duas situações ficam caracterizadas:

- uma, de *sanções* em virtude das infrações contratuais cometidas;
- outra, de *rescisão* do contrato conforme a gravidade das infrações.

Em se tratando de obras ou serviços públicos, “o poder de aplicar sanções existe como *princípio* não obstante o silêncio do contrato”, pois “a possibilidade de sua aplicação constitui uma faculdade *implícita* correspondente à Administração”¹⁸.

17. M. Roger Pinto, *Aléas économiques et imprévisibles*, in *Cours*, cit., p. 122.

18. Todavia, aceitando o *princípio*, tendo em vista o *interesse público*, não aceitamos, no poder de aplicar sanções, a existência de cláusulas exorbitantes. Como veremos, na oportunidade, a questão é tão simples que não merece maiores reparos. Bem colocadas, nos contratos administrativos, já que não podemos ver o inexistente, as sanções apenas refletem estipulações contratuais não cumpridas. Em tese, ou mesmo na prática, quanto à extensão intrínseca do *princípio*, discordamos da conclusão do notável mestre Miguel S. Marienhoff (v. *Tratado*, cit., t. 3-A, p. 411). O *princípio*, sem dúvida, decorre do interesse público e da tutela de obras ou serviços.

Com respeito ao poder de aplicar sanções, diante das infrações e conseqüentes penalidades, elas aparecem implícitas ou não nos instrumentos contratuais, sob a forma de medidas coercitivas ou definitivas protegidas pelo exercício da tutela administrativa.

Cada uma delas, na espécie, coercitivas ou definitivas, possuindo conteúdo e significado próprios, ficando, no entanto, para estudo e análise:

— as causas motivantes, acontecimentos imprevistos, força maior, negligência do co-contratante ou o desequilíbrio da equação econômica;

— as medidas aplicáveis para restauração das obrigações contratuais a nível do interesse público e conforme a natureza dos procedimentos executórios.

Evidentemente, no plano das relações jurídicas, há uma estreita correspondência entre as infrações e o poder de aplicar sanções. É o que veremos nos próximos capítulos, destacando as hipóteses que prejudicam o contrato ou invalidam o pacto contratual formalizado.

FATOS QUE PREJUDICAM A NORMAL PRESTAÇÃO CONTRATUAL

Sumário: 77. Contrato e vigilância administrativa. 78. Os imprevistos superáveis e não superáveis. 79. Força maior e caso fortuito. 80. Os riscos na imprevisão. 81. Intervenção da Administração. 82. Boa fé ou má fé como fatos. 83. O fato da Administração. 84. Os fatos na execução dos contratos.

77. CONTRATO E VIGILÂNCIA ADMINISTRATIVA

Verificado, nos seus termos instrumentais, um contrato administrativo devidamente formalizado e produzindo efeitos, realizado normalmente conforme o interesse público de obra ou de serviço, todos os problemas que surgem manifestam-se na execução ou prestação.

Tomando um contrato em espécie para análise, dominando ainda na motivação o interesse público, compete ao hermeneuta no tocante às infrações:

- saber da exação no cumprimento das diversas fases programadas;
- conhecer a posição das partes diante das obrigações assumidas;
- verificar a existência de imprevistos não superáveis;
- determinar a razão das infrações dando-lhes adequada solução.

Nada havendo, normal fica o contrato, constatada a exação, cumpridas as obrigações assumidas. Contudo, havendo exação e descumprimento do pactuado, cabe ao poder de controle da Administração verificar a existência de imprevistos superáveis e determinar *in casu* a aplicabilidade das sanções cabíveis¹.

O importante, em face das obrigações e direitos, não é perseguir propósitos injustos, dar à Administração a faculdade de aplicar sanções, sem que haja infrações culposas ou danosas, permitir uma atuação que intervindo na execução ou prestação venha a comprometer a finalidade pública.

1. Ressaltem-se, no entender de Miguel Angel Berçaitz, os aspectos material, técnico, financeiro e legal (v. *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, 1952, p. 289-90).

Vigilância administrativa não faz *arbitrio* nas contratações administrativas, operando na execução ou prestação como força propulsora e negativa, desfazendo, sem antecedentes razoáveis, relações estáveis, mantidas regularmente, compatibilizadas com as obrigações.

78. OS IMPREVISTOS SUPERÁVEIS E NÃO SUPERÁVEIS

Entre os imprevistos superáveis e não superáveis há uma enorme distância à espera de definição. A rigor jurídico, os *superáveis* e não superados conduzem à responsabilidade do co-contratante; os *não superáveis* à alteração das obrigações contratuais. Num caso ou noutro, à Administração compete intervir para ajustar relações².

Os *superáveis*, de ordem interna na execução, nos contratos revestidos de eficácia, continuando presente o interesse público, em face da incapacidade do co-contratante, podem levar ao desfazimento das relações contratuais. Não constituem, entretanto, infrações puníveis e sim impossibilidade executória.

Os *não superáveis*, mantidos o contrato, o interesse público na finalidade a realizar, afetando a execução e por consequência provocando inexecução, em face das regras regedoras, levam à força maior provocando a intervenção. Contudo, não constituem infrações, quando concretamente justificados³.

As infrações resultam, na execução da infringência de estipulações, regulares num contrato normal; da inadimplência culposa ou sem culpa, prejudicando na relação direitos e obrigações, atingindo a finalidade contratual e o interesse público, obstaculizando a realização de obras e serviços necessários.

79. FORÇA MAIOR E CASO FORTUITO

Entre as circunstâncias consideradas imprevisíveis, colocam-se necessariamente a *força maior* e o *caso fortuito*, acontecimentos que surpreendem, impossibilitando a execução ou a prestação pelo menos normal do contrato administrativo.

A *força maior*, no Direito Administrativo, manifesta-se como *definitiva*, tendo em conta evento inesperado, consequências imediatas que material-

2. "Acontecimento imprevisto só adquire validade jurídica quando não haja sido produzido pela vontade das partes, a menos que tenha havido negligência ou culpabilidade" (v. Bartolome A. Fiorini, *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1968, t. 1, p. 455).

3. Bartolome A. Fiorini, *op. cit.*, t. 1, p. 455-6.

mente anulam possibilidades executórias, desfazendo esperados efeitos ou tirando do contrato sua eficácia jurídica ⁴.

O *caso fortuito* chegou ao Direito Administrativo como expressão de um acidente natural, limitador da vontade e produtor de causas determinantes imperativas, envolvendo as partes de maneira a anular a finalidade pretendida, ou seja, extinguindo o contrato no tocante às obrigações ⁵.

Tanto a *força maior* como o *caso fortuito*, dada a projeção dos acontecimentos, podem marcar a extinção do contrato, sem que se preservem as obrigações ressarcitórias. A questão, na extensão dos eventos, atinge diretamente as partes e não uma somente.

Entretanto, circunstâncias naturais ou humanas, no momento impeditivas das prestações pactuadas, podem também não ser definitivas. O problema, sem dúvida, é de avaliação fática, de exame das condições atuais conforme o real estado da obra ou serviço.

80. OS RISCOS NA IMPREVISÃO

São impedimentos, os apontados, que repercutem no consentimento e no consenso, alterando compromissos, prejudicando o ajustado, desvirtuando a equação econômica. Em síntese: carreando consequências em que a vontade anterior manifestada necessita rever posições e relações, a fim de resguardar o interesse público e proteger a finalidade do serviço.

Impossível, nos contratos administrativos concluídos, mesmo prevendo cláusulas circunstanciais ou aleatórias, determinar com precisão *riscos* estranhos à vontade das partes. No entanto, ficando *atual* o interesse pú-

4. No entender de Hely Lopes Meirelles: "Força maior é o evento humano que, por sua imprevisibilidade e inevitabilidade, cria para o contratante impossibilidade intransponível de regular execução do contrato. Assim, uma greve, que paralise os transportes ou a fabricação de um produto de que dependa a execução do contrato, é *força maior*, mas poderá deixar de sê-lo se não afetar totalmente o cumprimento do ajuste, ou se o contratante contar com outros meios para contornar a incidência de seus efeitos no contrato" (v. *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo, 1978, p. 217). De Bartolome A. Fiorini: "A força maior no contrato administrativo se impõe porque não pode superar a mutabilidade que caracteriza seu regime" (op. cit., t. 1, p. 455). O problema da mutabilidade, no entanto, é outro e não o lembrado pelo saudoso mestre argentino. V. Arnaldo Medeiros da Fonseca, *Imprevisibilidade do caso fortuito e inevitabilidade da força maior, Acidente da natureza e fato do homem*, in *Caso fortuito e teoria da imprevisão*, Rio de Janeiro, 1958, p. 85-6.

5. Na lição de Hely Lopes Meirelles: "Caso fortuito é o evento da natureza que, por sua imprevisibilidade e inevitabilidade, cria para o contratante impossibilidade intransponível de regular execução do contrato. *Caso fortuito* é, por exemplo, um tufão destruidor em regiões não sujeitas a esse fenômeno; ou uma inundação imprevisível que cubra o local da obra; ou outro qualquer fato, com as mesmas características de imprevisibilidade e inevitabilidade, que venha a impossibilitar totalmente a execução do contrato ou retardar o seu andamento, sem culpa do contratante" (op. cit., p. 217).

blico, procedem alterações ou dilatações de prazo conforme exigências materiais comprovadas⁶.

O problema, ao ser equacionado, não libera a Administração, mas permite que aja com discricção, buscando soluções compatíveis com a natureza do contrato. Só a ela cabe avaliar na conjuntura da continuidade ou não do pactuado, embora qualquer decisão unilateral envolva responsabilidade.

Os riscos, no capítulo da imprevisão, nada têm a ver com a estrutura do contrato. Repercutem porém nas relações, de maneira a invalidar obrigações impossíveis de serem regularmente cumpridas. Resta à Administração, dentro do próprio contrato, renovar ou não o consenso, estabelecendo ou não outras condições.

A alterabilidade do pactuado, diante de fatos imprevisíveis, constitui, pela irreversibilidade, uma realidade jurídica inevitável. Contudo, a questão, na *discricção* administrativa, dá à Administração faculdades e poderes para manter o contrato, renová-lo, revogá-lo ou rescindi-lo, ou então, introduzir modificações.

81. INTERVENÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO

Sem dúvida, na relação contratual, as obrigações hão de consubstanciar efeitos. Se os efeitos não se produzem, perdendo o contrato a eficácia, fica impossível alcançar a finalidade, podendo a Administração, na sua qualidade de poder e parte, nele intervir conforme estejam propostas as etapas executórias. A questão *in casu* é de espécie contratual, de serviço a prestar.

Na problemática, o contrato concluído com a Administração, sofrido nas relações e nas obrigações, em princípio exige exame de revisão, para só depois, em face do interesse público *atual*, merecer decisão capaz de compatibilizar situações contrapostas. Não há nisso, em razão do acordo firmado estável, nenhum privilégio ou prerrogativa. Apenas o interesse legítimo do serviço a resguardar.

A posição da Administração, no seu aspecto mais fundamental, constitui também *controle* na execução, *direção* no desenvolvimento das etapas programadas. Na verdade, é o interesse público, subordinando o co-contratante, impondo a ele cumprimento das obrigações. Tudo preservando os efeitos e a eficácia contratual.

Pelo *mutuus consensus*, nas fases executórias ou de execução dos contratos, a Administração vincula-se aos efeitos e à eficácia, “dispondo de

6. Marcello Caetano, Fundamento da revisão dos contratos por caso imprevisível, in *Princípios fundamentais do direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1977, p. 249-50. V. Arnaldo Medeiros da Fonseca, Inexistência de distinção entre caso fortuito e força maior, in *Caso fortuito*, cit., p. 119-20.

faculdades disciplinares sobre seu co-contratante no sentido do cumprimento das obrigações”⁷. Tais faculdades tendem a evitar distorção nos efeitos ou enfraquecimento da eficácia.

A fiscalização, por isso, de acompanhamento da execução inscreve-se entre os deveres administrativos. *Deveres* que correspondem aos *direitos* da Administração⁸, efetivando conduta capaz de impedir prováveis riscos, fatos e acontecimentos estranhos, porém possíveis no desenvolvimento executório.

A colocação, na prática, procurando o previsível ou o evitável, nada tem a ver com o chamado *fato da Administração*, porque o problema é de ação e não de omissão⁹, de interesse direto na execução do ajuste, nunca impeditivo dos trabalhos convencionados ou de descumprimento das obrigações pactuadas.

82. BOA FÉ OU MÁ FÉ COMO FATOS

A boa fé ou a má fé, na execução dos contratos administrativos, podem ser tidas como *fatos* ou simplesmente *falta de exação* com respeito ao adequado cumprimento das obrigações? Será a boa fé, na inexecução, um acidente prejudicial? Ou a má fé, na execução, um acidente colocado no capítulo da imprevisão?

Demasiadamente subjetivas, tanto a boa fé como a má fé, caracterizando negligência ou imprudência, maculam o procedimento executório, incidem sobre obrigações de dar e de fazer, exteriorizam conduta impertinente produtora de lesões no desenvolvimento da obra ou do serviço.

Apreciadas materialmente, a boa fé diz com a inexecução, conquanto a má fé com a execução. Na primeira hipótese, há descumprimento das obrigações. Na segunda, desvirtuamento dos compromissos pactuados. Alegação da Administração ou do co-contratante não justifica atuação desviada, mas passa a *fatos* constitutivos de infrações¹⁰.

7. Miguel Angel Berçaitz, op. cit., p. 297.

8. Neste livro, Cap. VII, n. 58.

9. Pondera Hely Lopes Meirelles: “Fato da Administração é toda ação ou omissão do Poder Público que, incidindo direta e especificamente sobre o contrato, retarda ou impede a sua execução. O *fato da Administração* equipara-se à *força maior* e produz os mesmos efeitos excludentes da responsabilidade do particular pela inexecução do ajuste. É o que ocorre, por exemplo, quando a Administração deixa de entregar o local da obra ou serviço, ou não providencia as desapropriações necessárias, ou pratica qualquer ato impeditivo dos trabalhos a cargo da outra parte” (op. cit., p. 217-8). Também: André de Laubadère, Principales applications du fait l’administration contractante, in *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris, 1956, t. 2, p. 55-6.

10. Os teóricos, na doutrina, fixam-se, apenas, na possível existência da boa fé, na intenção, sem malevolência, das partes, na determinação da intenção aliada à finalidade, embora, questão de interpretação, a boa fé como a má fé mereçam,

O que existe de concreto nas situações apontadas, quando flagradas, conduz a uma expectativa de rompimento das obrigações, de ruptura nos contratos entre o *ser* e o *dever-ser*, entre o que devia ser feito e não foi (boa fé) e o que devia ser realizado (má fé) dentro das prescritas estipulações. Uma vez denunciadas, por qualquer das partes, podem motivar a rescisão contratual.

Como a execução e a inexecução fazem duas faces diferentes nas relações contratuais, a *execução*, quando normal, está isenta de reparos, ao passo que a *inexecução* necessita vir amparada por fatores estranhos que a justifiquem, a força maior ou o caso fortuito. Todavia, na estrutura dos contratos, *prima facie*, provocam a intervenção e *in casu* consequências ressarcitórias ou punitivas.

83. O FATO DA ADMINISTRAÇÃO

Já que na execução “a Administração dispõe de poderes de controle e de direção que permitem em certos casos e em certas condições impor ao co-contratante diretivas, e mesmo modificar certas condições de execução do contrato”, o *fato da Administração*, “de aplicação assaz frequente”, gera situações novas imprevistas¹¹.

Gerando situações novas, o chamado “poder de introduzir modificações não supõe o sacrifício do particular contratante, como tampouco o benefício indebitamente”¹². Se o mecanismo, no *fato da Administração*, for corretivo, estará revisando situações estritamente vinculadas às relações e obrigações, com repercussões a serem avaliadas.

É indispensável ao analista, quando sucede o *fato da Administração*, muita cautela de conhecimento interpretativo, pois não havendo *força maior* os resultados podem ser lesivos. Impedindo a execução, coloca o co-contratante em prejuízos e a Administração como carecedora de legitimidade na intervenção.

nos contratos, especial relevo. Via de regra, no entender de Bartolome A. Fiorini, “o princípio da boa fé na interpretação e no cumprimento complementa a letra dos contratos” (op. cit., t. 1, p. 450). Não porém a licitude. No dizer de Fiorini “a boa fé correlaciona-se com a execução correta do co-contratante para cumprimento dos fins públicos”. Certo. Mas a má fé onde fica quando constatada? Aceitar “a interpretação cega da letra contratual” e ao mesmo tempo “responsabilidade pelas diligências negligentes” não é o melhor método de conhecimento de fatos que exigem ressarcimento ou produzem infrações (op. cit., t. 1, p. 451). Sem dúvida, no plano jurídico, o problema merece maior atenção. A intenção, na execução, não surge de uma palavra ou de uma cláusula, é “o contrato todo que deve encerrar a intenção da unidade contratual” (p. 452). Há, também, nos efeitos executórios ou nas etapas executórias, implicações de moralidade administrativa.

11. André de Laubadère, op. cit., t. 2, p. 55-6.

12. Enrique Sayagues Laso, *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, 1953, t. 1, p. 570.

Assimilada, no entanto, como *força maior*, a atitude da Administração legitima-se, não obstante produza ou possa produzir efeitos, definitivos ou transitórios, de rescisão ou paralisação¹³. Na regra positiva, a responsabilidade é por culpa, não cumpridas as obrigações, respondendo a parte que do fato no contrato ganhe proveito.

Na verdade jurídica, os contratos administrativos, “para obras e serviços de qualquer espécie, podem ser anuláveis ou rescindíveis, nunca porém serem declarados lesivos”¹⁴, muito menos pela Administração, usando de meios coercivos retardadores dos compromissos devidos ao co-contratante¹⁵.

Elementar, na ordem jurídica pública e positiva, que a Administração, causando ocorrências procedimentais negativas, suporte as consequências da sua própria atuação, decorrente de um fato que, impossibilitando a execução ou a prestação, atinja sem motivos justos ou razoáveis a equação econômico-financeira.

84. OS FATOS NA EXECUÇÃO DOS CONTRATOS

O fundamental, nos contratos administrativos, repetimos que é a manifestação exterior da vontade, unilateral e depois bilateral, na formalização jurídica, pois um contrato eficaz pressupõe coincidência de interesses atuais e livre incidência nas declarações.

Para que o *fato* imprevisto atinja o *contrato* é, portanto, necessário:

— “que se trate de um contrato administrativo propriamente dito, em curso de execução”;

— “que um acontecimento excepcional alheio à vontade das partes altere a economia do contrato”;

— “que esse acontecimento não tenha sido previsto pelas partes no momento da contratação”;

— “que o acontecimento imprevisto torne onerosa a execução do contrato excedendo a álea normal e previsível”;

— “que o co-contratante não haja suspenso por si mesmo as prestações de serviço”;

— “que se trate de uma situação anormal temporária e não definitiva”¹⁶.

Atendendo que os *fatos* constituem fenômenos permanentes, continuados ou repetidos na vida jurídica, diante deles os *atos* se tornam transitó-

13. Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1978, t. 3, p. 372.

14. Recaredo F. de Velasco, *Los contratos administrativos*, Madrid, 1927, p. 161.

15. Miguel S. Marienhoff, op. cit., t. 3-A, p. 373.

16. Miguel Angel Berçaitz, op. cit., p. 333-4.

rios conforme a relatividade com que surgem na esfera pública administrativa. Nem sempre porém “um só fato é causa de um efeito jurídico” ¹⁷.

Obviamente obras e serviços não ficam imunes às influências fáticas. Em certas circunstâncias anormais não é o contrato que domina as relações, nem o interesse público antes declarado, mas o interesse atual na obra ou no serviço. Cessada circunstancialmente a execução, na realidade o contrato perde conteúdo, ficando duvidosa a finalidade e impossível a eficácia.

Não obstante, ao intérprete não cabe generalizar, sim procurar para cada caso na espécie as soluções aconselhadas pela ordem jurídica, já que não pode remover *factos*. Dois são os caminhos viáveis: um de alteração das prestações e outro de rescisão contratual. Tudo objetivando a finalidade consoante a natureza peculiar da obra ou do serviço.

17. Aldo M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 1954, p. 85.

TUTELA PELA FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Sumário: 85. Tutela ou controle nas contratações. 86. Formalização e poder de fiscalização. 87. Fidelidade na execução do pactuado. 88. O interesse público e o interesse jurídico. 89. Cláusulas e medidas tutelares. 90. Prazos e duração da execução. 91. Retardamento ou demora. 92. Tipos de sanções para classes de infrações.

85. TUTELA OU CONTROLE NAS CONTRATAÇÕES

Afastadas as hipóteses excludentes de reparação econômica, apreciáveis na extensão dos fatos imprevistos conforme atinjam relações, um dos pontos mais sensíveis é aquele que decorre:

- da inexecução não motivada;
- da execução não programada.

Em ambas as situações, a parte ferida é a própria Administração. Ou ela intervém na execução do contrato ou aplica penalidades. A questão se resume no cumprimento das obrigações que, uma vez não cumpridas pelo co-contratante, acarretam responsabilidade administrativa¹.

A tutela, ou o controle, nas contratações administrativas, é princípio geral de ordem jurídica nas relações pactuadas. Embora imprópria a expressão *direção da execução do contrato*, o sentido que se lhe dá corresponde à fiscalização até final das etapas contratuais².

1. "A aplicação de penalidades contratuais é medida auto-executória de que se vale a Administração, quando verificar a inadimplência do contratante, na realização do objeto do contrato, no atendimento dos prazos ou no cumprimento de qualquer outra obrigação a seu cargo. Por outro lado, a omissão na aplicação das penalidades contratuais acarreta responsabilidade para a autoridade omissa, pois ao administrador público não é lícito renunciar, sem justificativa, aos direitos do Estado. A relevação de penalidade deve ser sempre motivada e baseada em conveniência administrativa" (v. Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo, 1978, p. 209).

2. A expressão *direção da execução do contrato*, no tocante à responsabilidade administrativa, significa simplesmente *fiscalização permanente*. É uma questão de tutela do interesse público ou de controle na execução dos serviços públicos. Não

Quando a preocupação reside no descumprimento das obrigações ajustadas, de pronto a Administração é chamada não necessariamente a intervir, mas a proteger o interesse público transformado em contrato gerador de direitos diante de explícitas finalidades.

86. FORMALIZAÇÃO E PODER DE FISCALIZAÇÃO

Deixando à parte a Administração inadimplente, aspecto jurídico reverso nas contratações administrativas, a competência da Administração não fica exaurida no momento da formalização. Vai a todas as etapas contratuais e até a final consumação dos efeitos.

Independente de cláusulas expressas, responsável que é o co-contratante pelos encargos, a fiscalização vigilante da Administração corresponde a deveres jurídicos irrenunciáveis, já que a ela própria compete o acompanhamento da execução do contrato³.

Este poder de fiscalização, de tutela e controle, é, sem nenhuma dúvida, um dos poderes inerentes à Administração, integrante do regime jurídico do contrato, da essência dos elementos que formam o contrato⁴. Não se fazem privilégios e sim deveres administrativos.

Nisto nada vai quanto à igualdade jurídica das partes, porque o problema a examinar também não é de subordinação. Localiza-se nas faltas e infrações contratuais, no descumprimento de regras que exigem ou não aplicação de penalidades.

Por isso, em razão dos deveres e da natureza do contrato, todas as medidas, que a Administração tome em defesa da correta execução, são corretivas e nunca arbitrárias. Derivam da relação contratual, do interesse público e do que ficou ajustado.

se trata, no entendimento de Bergaitz, Laubadère ou Marienhoff, de a Administração tomar para si os encargos do contrato, mas de fazer valer a autoridade do Poder Público, vinculado à contratação, a fim de que pelas obrigações cumpram-se as regras administrativas condicionantes.

3. Em tese, na pacífica posição de tradição doutrinária, as prestações contratuais possuem vinculação direta e imediata com o contrato, e, portanto, com o serviço público a prestar (v. Jean Rouvière, *À quels signes reconnaître les contrats administratifs*, Alençon, 1930, p. 33). “A influência, que a alteração das circunstâncias pode exercer sobre os atos praticados dentro da esfera do Direito, não se faz sentir, entretanto, apenas no campo das relações estritamente de Direito Privado, entre particulares. Reflete-se também no terreno das relações internacionais, dos contratos administrativos e das convenções coletivas de trabalhos” (v. Arnaldo Medeiros da Fonseca, *Caso fortuito e teoria da imprevisão*, Rio de Janeiro, 1958, p. 283).

4. Georges Péquignot, *Théorie générale du contrat administratif*, Paris, 1945, p. 391.

87. FIDELIDADE NA EXECUÇÃO DO PACTUADO

Tendo em vista a fidelidade na execução do pactuado que vem da tradição românica, o respeito pelo acordo nas cláusulas avençadas que chega da tradição civil, nas transformações sofridas pelo Direito Público, o contrato, embora ganhasse ductilidade, não perdeu na estrutura o caráter de força de lei entre as partes ⁵.

É o acordo, sobretudo, que o Direito quer preservar. Não apenas a figura do contrato, seja público ou privado. Logo, quem oferece um serviço de interesse público fica, nos contratos administrativos, responsável:

— pelo pagamento das prestações combinadas para desenvolvimento da obra ou serviços;

— pela fiscalização nas etapas executórias das prestações comprometidas;

— pela aplicação de sanções ou penalidades quando infrações estiverem evidentes nas relações.

A execução *fiel* é uma premissa de lógica jurídica surgida com a formação do contrato e sua conseqüente formalização. A execução *infiel* ou duvidosa, pressuposto avaliável nas fases ajustadas, pois “a execução do contrato é acompanhada e fiscalizada por agentes da Administração Pública” ⁶.

Na execução, pela inexecução, ou má execução, à Administração facultam-se:

— não aceitar, no todo ou em parte, obra ou serviço, em face de desajustes no contratado;

— para regular o ajuste, aplicar sanções ou penalidades, conforme as infrações.

Improcede, já hoje em dia, nos contratos formalizados, integrados nos elementos e nos requisitos, valor jurídico na distinção das cláusulas. Diante da unidade das contratações, todas são essenciais. Nada, num acordo concluído, será acessório, nem regras, prescrições ou estipulações pré-cautelatórias.

88. O INTERESSE PÚBLICO E O INTERESSE JURÍDICO

Desde a formação, a integração dos elementos e a vinculação das partes, o intérprete é levado à convicção de que o contrato existe pelas cláusulas que exatamente determinam a finalidade. Verifica-se, assim, no

5. J. Cretella Júnior, O contrato no direito romano, in *Tratado de direito administrativo*, São Paulo, 1967, v. 3, p. 20-2.

6. Sergio de Andréa Ferreira, Execução do contrato, Fiscalização e sanções, Extinção do vínculo, in *Direito administrativo didático*, Rio de Janeiro, 1979, p. 223-4.

contrato administrativo, que a regra da interdependência dos interesses caracteriza a posição dos contratantes ⁷.

Quanto à posição da Administração, envolve dois tipos de interesses qualificados:

— um propriamente *público*, de defesa cautelar da perseguida finalidade contratual;

— outro *jurídico*, de cumprir e fazer cumprir o acordo nas exatas condições estipuladas.

Da mesma maneira “como nascem, se formam e se executam, os contratos administrativos finalizam” ⁸. Precisamente, entre o nascimento e a finalidade, a Administração deve atuar procurando o desenvolvimento normal do pactuado e sua normal finalidade. Daí dimanam, das infrações, as sanções ou penalidades.

Cumprido o contrato, as partes realizando suas respectivas obrigações, fecha-se o ciclo normal da contratação. Nada há a fazer, senão completar o pagamento e receber. Acontecendo contrariamente, a gama das possíveis soluções começa pelo conhecimento das infrações. Infrações que passam a justificar sanções ou penalidades.

89. CLÁUSULAS E MEDIDAS TUTELARES

Na possibilidade de inexecução ou de má execução algumas cláusulas devem necessariamente prever medidas tutelares para normal desenvolvimento das etapas executórias. Na verdade, “o princípio geral de Direito Civil do cumprimento pontual dos contratos legalmente celebrados mantém-se no Direito Público” ⁹.

Prazos fixados, prestações estipuladas, modos de pagamento constituem obrigações convencionadas inafastáveis. Diferentes pelo que representam na unidade do contrato administrativo, os *prazos* dizem com o tempo da programação da obra ou serviço, as *prestações* com as etapas de trabalho remuneratório e os *modos de pagamento* qualificam valores financeiros quantitativos.

7. “Mas a vinculação característica do contrato existe nas cláusulas que determinam o objeto e se destinam a preservar e remunerar o interesse privado chamado a colaborar na realização do fim administrativo, e que criam para o contraente público o dever de assegurar o equilíbrio financeiro inicial nas condições estipuladas, ou nas novas condições criadas por atos de poder” (v. Marcello Caetano, *Princípios fundamentais do direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1977, p. 228).

8. Julio A. Prat, Los actos y los contratos administrativos, in *Derecho administrativo*, Montevideo, 1978, t. 3, v. 2, p. 317.

9. João de Melo Machado, *Teoria jurídica do contrato administrativo*, Coimbra, 1936, p. 167.

Sem dúvida, a nível de relações contratuais, o verificado descumprimento na execução ou prestação, criando situações irregulares e portanto *anormais*, submete a Administração porque:

— “no Direito Privado a inexecução dos contratos sanciona-se com a rescisão, danos e prejuízos e, quando se estipulam, cláusulas penais”;

— “no Direito Público as sanções são mais variadas e o seu regime distinto”, pois “o fundamental é que o particular cumpra as obrigações vinculadas”¹⁰.

A questão de relevo, rompidas as normais obrigações, nas projeções internas e também externas, é de efeitos prejudiciais. Na reciprocidade, de parte da Administração, é maior a responsabilidade ou mesmo o direito de exigir as prestações a que se obrigou o co-contratante.

90. PRAZOS E DURAÇÃO DA EXECUÇÃO

Em tese, e no geral, os contratos, inclusos os administrativos, determinam *prazos* para final cumprimento. Na hipótese de silêncio no contrato, a duração normal de execução depende da natureza da obra ou do serviço, da prevista intenção das partes e do convencionado¹¹.

Devendo o co-contratante executar suas obrigações antes estipuladas, delas decorrem as infrações e as penalidades resultantes do retardamento. Os prazos, assim, podem ser fixados mediante ordens de serviço ou “caderno de encargos especiais para execução dos trabalhos”¹².

Contudo, nas possíveis omissões, verificada a deficiência contratual com respeito à fixação de prazos, deve-se respeitar a convenção entre as partes tal como se consumou¹³, ficando a Administração com a faculdade, em razão da obra ou do serviço, de escalonar as prestações e o respectivo pagamento, o *pagamento* em consonância com o realizado.

Não obstante, nas relações comprometidas, duas colocações permanecem realísticas:

10. E. Sayagues Laso, *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, 1953, t. 1, p. 573.

11. André de Laubadère lembra, falando de *duração normal*, da capacidade do contratante e de outros contratos assemelhados (v. *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris, 1956, t. 2, p. 125). Mas a matéria da inexistência de prazos, nos contratos administrativos, já anteriormente vem regulada nos planos técnicos e orçamentários. A *duração normal*, mesmo não prevista contratualmente, ou sob cláusulas expressas, não refoge do desenvolvimento da obra ou do serviço. *In casu*, os prazos se consumam nas prestações, ou seja, conforme o regular prestamento dos trabalhos. A cada pedido de pagamento há de corresponder fase ou etapa executória.

12. André de Laubadère, op. cit., t. 2, p. 127.

13. Gaston Jèze, *Principios generales del derecho administrativo*, trad. esp., Buenos Aires, 1950, t. 4, p. 345.

— o desrespeito aos prazos nos contratos ou fora deles fixados, quando juridicamente não imputáveis, não gera responsabilidade;

— a inobservância dos prazos, retardando a execução ou a prestação, sem causas maiores justificantes, provoca responsabilidade.

O realizável e *não feito*, em oposição à impossibilidade material na execução, traça entre causas e efeitos o limite da responsabilização, valendo, em cada caso específico, no tocante às infrações, para aplicação de sanções ou penalidades, a avaliação do estado da obra ou serviço.

91. RETARDAMENTO OU DEMORA

Afastadas as situações que eximem as partes de responsabilidade, separando-as embora permaneçam estáveis as relações assumidas, em matéria de tutela ou fiscalização, de infrações ou penalidades, tem o hermenêuta ponderadamente de verificar:

— se o retardamento ou demora teve origem no descumprimento das obrigações por parte da Administração;

— se o retardamento ou demora teve causa em fatores que de parte do co-contratante prejudicam a execução.

Não sucedendo, além da força maior, do caso fortuito, ou do *fato da Administração*, acontecimentos epidêmicos, guerras, revoluções, pragas sociais, mortes de pessoas envolvidas, greves ou decisões judiciais, o contrato administrativo na execução é tanto de responsabilidade da Administração como do particular contratante¹⁴.

Para tanto considere-se que “quem toma contratualmente a seu cargo uma obrigação tem que adotar as medidas necessárias para cumpri-la”, devendo por isso “adotar com antecipação as medidas que lhe permitam chegar às datas previstas”, pronto para enfrentar as consequências derivadas do que ficou formalmente ajustado¹⁵.

Ademais, as infrações e penalidades, resultantes de ação tutelar, uma vez verificadas *in concreto* na execução ou nas fases executórias, permitem à Administração, no resguardo do interesse e da finalidade pública, tomar soluções corretivas conforme circunstâncias que, pelo descumprimento das obrigações, afetem as relações.

Tanto o particular contratante como a Administração possuem *reservas* no direito *posto* para exigir a boa execução do contrato. O enfoque traduz consequência direta e lógica do próprio contrato como *lei entre as partes*. As exceções, na reciprocidade, dizem necessariamente com o descumprimento do pactuado, com a aplicação nas infrações de sanções ou penalidades.

14. Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1978, t. 3-A, p. 354-71.

15. Miguel S. Marienhoff, *op. cit.*, t. 3-A, p. 383.

92. TIPOS DE SANÇÕES PARA CLASSES DE INFRAÇÕES

Na prática administrativa, as teorias, com respeito às sanções ou penalidades, convergem para um mesmo e adequado entendimento doutrinário:

— “certas sanções de Direito Administrativo são originais por elas mesmas e certas sanções do Direito Civil não são aplicáveis no Direito Administrativo”;

— “as sanções de Direito Administrativo com equivalência no Direito Civil não conhecem igual regime jurídico e por princípio marcam-se de profunda originalidade”¹⁶.

O que importa na melhor doutrina objetiva, a explicar no capítulo que segue, constituem *tipos* de sanções para classes de infrações, numa graduação que vai da prevenção à correção, da coerção às decisões resolutivas, das medidas penais às definitivas de extinção com responsabilização das relações e obrigações.

Este ponto, o das infrações de responsabilidade do co-contratante, a circunstância de que a Administração possa unilateralmente modificar relações antes estabelecidas depois de aplicar sanções ou penalidades, é de capital importância para o entendimento dos contratos administrativos, sua vigência, revogação, rescisão ou extinção.

16. André de Laubadère, op. cit., t. 2, p. 131-2.

INFRAÇÕES E SANÇÕES NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Sumário: 93. As infrações afetando as obrigações. 94. Sanções e deveres administrativos. 95. Estipulações contratuais e sanções. 96. Contrato e conhecimento das situações anormais. 97. Sanções e condições pactuadas. 98. Garantias e sanções. 99. Compromisso nas etapas ou fases executórias. 100. Eficácia e discricção administrativa.

93. AS INFRAÇÕES AFETANDO AS OBRIGAÇÕES

A doutrina, não de agora, vem tentando consolidar conceitos em torno das *infrações* afetando as obrigações e das *sanções* prejudicando as relações. Um ponto comum, no entanto, já tradicionalmente pacífico, logrou ampla aprovação de pensamento doutrinário: o de que as infrações contratuais hão de corresponder a sanções equivalentes¹.

Sabemos, da prática executória dos contratos, que “as obrigações do particular co-contratante decorrem naturalmente de suas fontes nas estipulações contratuais, *estipulações* eventualmente completadas pelas disposições imperativas legais e ainda pelos costumes”². As medidas, como as fontes, variam na razão direta de ser das obras e dos serviços.

Se o incumprimento das obrigações gera sanções, as obrigações não cumpridas produzem ruptura nas relações. Nesta área, entre as obrigações e as relações, localizam-se as sanções. Mas as decisões unilaterais, de parte da Administração, não bastam por si próprias; necessitam de

1. A fixação dos critérios, em nosso entender, embora a orientação nas posições tenha provindo do Conselho de Estado francês, devemos ao trabalho sistemático de Gaston Jèze, às construções teóricas que, na obra do professor de Paris, puderam permanecer respeitáveis. É importante voltar a consultar: *Théorie générale des contrats de l'administration, Sanctions des obligations contractuelles dans les contrats administratifs*, in *Les principes généraux du droit administratif*, Paris, 1936, 3.^a parte, p. 848-1076. Aliás Jèze teve o mérito, que depois ficou com Laubadère, de consolidar o pensamento doutrinário. De lá para cá os problemas ficaram mais fáceis de equacionar, pois ambos abriram perspectivas racionais para a doutrina comparada.

2. André de Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris, 1956, t. 2, p. 99.

apoio no contrato, de suporte nas estipulações que disciplinam a execução ou a prestação.

Não acontecendo ao avaliar causas determinantes de força superior, as sanções tornam-se aplicáveis porque as possíveis dificuldades na execução não constituem fatos imprevisíveis, muito menos motivos irresistíveis que justifiquem a demora, expliquem o retardamento ou a inexecução. A questão é, na relação, de falta contratual.

94. SANÇÕES E DEVERES ADMINISTRATIVOS

Surgem as sanções, nos contratos administrativos, de alguns pressupostos que satisfazem deveres inalienáveis e fazem regras inarredáveis:

— “o co-contratante deve executar as obrigações a seu cargo e dentro das exatas condições previstas”;

— “o co-contratante deve executar suas obrigações de maneira correta e com diligência”;

— “o co-contratante deve *em pessoa* executar o contrato conforme regras convencionadas”³.

Logicamente que as sanções dependem da gravidade ou não da falta do co-contratante na execução do contrato, apenas ficando consideradas as obrigações pactuadas. Atribuída ao particular por demora, negligência ou fraude, a Administração dispõe, para reprimir as infrações, de uma vasta gama de medidas que venham a cobrir as faltas contratuais⁴.

Contudo, o conhecimento da falta e a avaliação da gravidade não podem, quando não determinados, exceder os limites do razoável, alcançando o interesse público, alongando o perseguimento da finalidade ou carreando maiores prejuízos às obras e aos serviços. Do valor do contrato, métodos ponderados levantarão índices ajustados às cláusulas.

As sanções diante das infrações, de um modo geral e sob critérios genéricos, tomando como base as *obrigações* assumidas na efetividade das *relações* estabelecidas, apontam-se:

— como *pecuniárias*, de aplicação automática, conforme disposições contratuais e calculáveis na razão dos prejuízos sofridos;

— como *coercitivas*, destinadas a assegurar a execução ou a prestação contratual por meio de medidas que visam promover o reequilíbrio nas relações⁵.

3. André de Laubadère, op. cit., t. 2, p. 101-2.

4. Julio A. Prat, Los actos y los contratos administrativos, in *Derecho administrativo*, Montevideo, 1978, v. 2, t. 3, p. 303.

5. As medidas *coercitivas* também podem ser entendidas como medidas *corretivas*. A terminologia, como não pode deixar de ser, variando, não perde o signi-

As primeiras intervêm no contrato, transformando faltas em ressarcimento dos prejuízos, sem com isso alterarem relações ajustadas. As segundas, de caráter resolutivo, começam por denunciar a convenção, prevenindo com medidas temporárias outras capazes de nulificar o acordo ou extinguir a contratação.

95. ESTIPULAÇÕES CONTRATUAIS E SANÇÕES

Torna-se fundamental, entretanto, do exame das obrigações contrai-das, verificar, em face das estipulações contratuais, que as sanções *coerci-tivas*, mais severas que as *pecuniárias*, para a aplicação, dependem:

- do que diz o contrato na sua peculiar categoria;
- na categoria, se se trata de obras públicas, autorizações ou con-cessões;
- se nas obras públicas está regendo o princípio da essencialidade;
- se nos serviços públicos, o princípio da eficiência e continuidade.

Todos os quatro aspectos, no tocante às sanções ou penalidades, ins-crevem-se nas categorias a serem estudadas, já que nas obras públicas geralmente *jus variandi* a prestação é financeira, conquanto nos serviços as implicações exigem não só continuidade mas também exação com res-peito a terceiros usuários ⁶.

Nos serviços públicos concedidos, pela sua importância social ou eco-nômica, as sanções coercitivas podem desaguar em decisões de maior al-cance, desde que tais decisões fiquem indispensáveis para assegurar ou manter a continuidade. Justificam-se no sentido da eficiência, da efica-cia ou mesmo da capacidade do concessionário.

96. CONTRATO E CONHECIMENTO DAS SITUAÇÕES ANORMAIS

Verifica-se, pois, que a Administração tem o direito de apontar as faltas na execução, *direito* que não tira do particular contratante quando ela mesma esquece obrigações, usando da coerção ou da correção, desde

ficado próprio. Mesmos *factos* conduzem a mesmas *atuações*. Cada autor, nas situa-ções, usa das palavras que melhor lhe servem. V. Julio A. Prat, op. cit., v. 2, t. 3, p. 303; André de Laubadère, op. cit., t. 3, p. 144-53.

6. José Roberto Dromi, *Instituciones de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1973, p. 412; Fernando Garrido Falla, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1975, t. 2, p. 104-5.

que no contrato não existam penalidades previstas e assim exija o interesse público ameaçado de inexecução ⁷.

Não se trata aqui, como temos visto, de avaliar situações inesperadas providas de fatos alheios à vontade dos contraentes, mas de conhecer no curso do contrato fatores que impedem sua normal execução, paralisando obras ou prejudicando serviços, carreando sanções ou penalidades pelas conseqüências de efeitos jurídicos danosos.

Em certas nações, vale a lembrança, muitas faltas na execução dos contratos administrativos são devidas à desvalorização da moeda ⁸. Todavia, a moeda, em face dos orçamentos levantados, não faz imprevisão, não obstante possa obstaculizar procedimentos executórios. Nas hipóteses mais gravames, na onerosidade, pertencem às partes e não a uma só delas.

A faculdade de intervir implica os poderes possuídos pela Administração, embora no bom entender não constitua uma prerrogativa, nem atente contra a estabilidade do contrato; é da substância das obrigações contraídas no interesse público, visando uma execução ou prestação normal.

Recomendada, por exemplo, a rescisão unilateral, “não procedem razões de oportunidade, mérito ou conveniência, senão única e exclusivamente sanções por *culpa* ou *faltas* cometidas pelo co-contratante” ⁹. Na ordem jurídica do contrato este é um ponto de relevo hermenêutico a ser apreciado em defesa da Administração.

97. SANÇÕES E CONDIÇÕES PACTUADAS

Sanções e penalidades, na evidência das relações, embora não se deixe de avaliar circunstâncias fáticas, em *iure publico* ou em *iure privato*, têm no critério da *finalidade* o elemento suficiente, já que resguardam as declarações de vontade *ad substantiam* e na via normal ¹⁰.

7. “É que a Administração serve o interesse público e não pode exonerar-se do dever de procurar sempre os melhores processos técnicos e os meios materiais jurídicos de realizá-lo. O contrato administrativo inclui um *pacto de colaboração* de certo particular com a Administração para realizar o interesse público sob determinado aspecto” (v. Marcello Caetano, *Princípios fundamentais do direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1977, p. 241).

8. “A desvalorização da moeda, por exemplo, que noutros tempos entrava na categoria dos fatos insusceptíveis de previsão, hoje é um risco corrente, cuja imprecisão não pode justificar a aplicação da doutrina aqui exposta”, isto é, de que a Administração, “ao celebrar contratos a médio ou a longo prazo, não preveja que possam ocorrer mudanças profundas de circunstâncias econômicas” (v. Marcello Caetano, op. cit., p. 252).

9. Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1978, t. 3-A, p. 405.

10. Mario Gallo, *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, Padova, 1936. Cap. IV, p. 111-43.

No tocante à Administração, ao interesse público e ao serviço em prestação, domina o *alcance da finalidade*, ficando em análise apenas uma verdade: “no Direito Privado como no Direito Público a vontade do sujeito determina o interesse a satisfazer”¹¹. Se o interesse está em jogo, cabe resguardá-lo no acordo ou fora dele.

Do contrário, as vontades manifestadas e depois formalizadas entram em conflito com a finalidade pública do contrato. Estreitamente conexa com as vontades está a *causa obbligationis*, pois “através do procedimento administrativo a formação da vontade assume natureza legal e exterior”, justificando o fato-contrato¹².

Num contrato administrativo, as sanções e as penalidades decorrem portanto das condições pactuadas, da sua natureza jurídica na categoria, das cláusulas que nele se contêm, dos efeitos que devem produzir e das garantias oferecidas¹³.

As faltas ou falhas na execução ou na prestação sensibilizam as garantias oferecidas como provocam sanções contingentes. Tudo se resume, para não-aplicação de penalidades, no exato cumprimento das obrigações assumidas. Sobressai, na problemática, o desvirtuamento das vontades. De vontades que, no acordo, devem ser respeitadas.

98. GARANTIAS E SANÇÕES

As garantias, nos contratos administrativos, antecedendo às sanções, não considerando fatores adversos, previnem a lisura no cumprimento do pactuado; evitam, não raras vezes, conforme ficaram postas, que na execução ou na prestação se descumpram as obrigações¹⁴.

Na verdade, a permanência de garantias nos contratos administrativos constitui medidas acauteladoras, já que, de uma maneira ou outra, diante de constatáveis infrações, qualificando as sanções, concorre para a exação no cumprimento das obrigações.

Via de regra, “para o exato cumprimento das obrigações assumidas pelo co-contratante, a Administração estabelece um sistema de garantias que corresponde às sanções que aplica, em casos de demora ou inexecução parcial ou total do convênio”¹⁵.

11. Michele Cantucci, *Modificazione attinenti al processo di formazione della volontà della pubblica amministrazione*, in *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 1942, p. 109-18.

12. Michele Cantucci, op. cit., p. 109-11.

13. Miguel Angel Berçaitz, *Garantias, Sanciones*, in *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, 1952, p. 271-5.

14. No Brasil, o Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, inc. VII, no tocante às licitações, fala em “natureza da garantia”, mas só “quando exigida”.

15. Miguel Angel Berçaitz, op. cit., p. 271.

Sem dúvida, “realmente, seria inútil o acompanhamento da execução contratual se, verificada a infração do contratante, não pudesse a Administração puni-lo pela falta cometida”, pois, ao contratar, “à Administração se reserva implicitamente a faculdade de aplicar as penalidades contratuais e as legais, ainda que não previstas expressamente no contrato”¹⁶.

Duas hipóteses, entretanto, não invalidam nas infrações as possíveis penalidades:

- a da inexistência de cláusulas pertinentes nos contratos;
- a da existência de garantias que respondam pelas sanções.

A questão, havendo infrações, tanto de cláusulas pertinentes como de garantias, desempenha no contrato administrativo “tão-somente um papel compulsivo sobre o co-contratante e não ressarcitório”, dependendo das condições da execução e da própria Administração saber se as garantias correspondem às falhas na conduta executória¹⁷.

Ficam óbvias as razões por que não há contrato administrativo de obras ou serviços senão devidamente ordenado nas etapas e fases executórias, ficando cada etapa ou cada fase merecedora *no ajustado* das devidas prestações correspondentes. Qualquer contrato público em si, na sua estrutura, vem marcado nas relações por periódicos compromissos.

99. COMPROMISSO NAS ETAPAS OU FASES EXECUTÓRIAS

Os compromissos, quando periódicos, nas etapas ou fases executórias, criam, para uma e outra parte contratante, regime peculiar de prestação e contraprestação, de recebimento do realizado e de pagamento pela efetivação do trabalho a cargo do particular colaborador da obra ou serviço.

Se incidem sobre as etapas ou fases contraprestações de discriminado valor financeiro, em nome do interesse público pela *inexação*, aplicam-se sanções ou penalidades. O problema, portanto, fica de *regime* nos contratos administrativos; de obrigações reais e não simplesmente de cláusulas implícitas¹⁸.

A manifestação da faculdade de controle mediante *fiscalização* logicamente não conduz a uma atuação de virtual exorbitância¹⁹. Refere-se

16. Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo, 1978, p. 191-209.

17. Miguel Angel Berçaitz, *op. cit.*, p. 271-2.

18. André de Laubadère, *Existence des sanctions en dehors des stipulations contractuelles*, in *Traité*, *cit.*, t. 2, p. 155.

19. Mestre Miguel S. Marienhoff fala em “prerrogativas que constituem cláusulas exorbitantes *virtuais*” (*v. Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1978, t. 3-A, p. 394-5). Não concordamos, respeitosamente, com a posição do destacado professor argentino. O que há é um contrato simplesmente administrativo,

aos termos contratuais ou às relações e obrigações, podendo a Administração, em razão do interesse público, introduzir modificações ou não, não havendo, *in casu*, a possibilidade de aplicar sanções.

Todavia, a duração do contrato, que se resolve por meio de prazos limitados, dá à Administração mobilidade, a largo ou médio tempo, de prover situações que por si mesmas fiquem justificadas. O exercício da coerção, significando tutela, não significa necessariamente prerrogativa ou privilégio; converte-se em *advertência*.

O interesse público, esperando ver a obra ou o serviço realizados, há de influir na prática de soluções administrativas, em princípio capazes de harmonizar os deveres estatais com a natureza do contrato, nada havendo de *incomum* que unilateralmente a Administração aplique sanções com base ou não em cláusulas virtuais ou implícitas.

100. EFICÁCIA E DISCRICÃO ADMINISTRATIVA

Não interferindo motivos estranhos na execução, mas apenas o retardo nos procedimentos executórios, deve ou não a Administração aplicar sanções? A questão, em busca de equacionamento, insere-se na área da discricão administrativa, a fim de que se mantenha a possível integridade do contrato sem a desnecessária violentação do interesse público acaso *ainda atual*.

O problema que sempre impõe sua presença, nos contratos administrativos regulares e portanto *legais*, é o da *eficácia* quando aliada à provada *capacidade* do co-contratante. A manutenção dos contratos tal como se firmam, inclusive os com a Administração, envolve o direito e a ordem jurídica que não aceita o domínio absoluto e sim *relativo* de uma parte por outra ²⁰.

A atividade administrativa, nos contratos com a Administração, fundindo interesses e vontades, não separa a norma de *relação* da norma de

cabendo à Administração, sem nenhuma prerrogativa especial para contraprestar, exigir as prestações. Pode ela, Administração, normalmente, no incumprimento, sem qualquer privilégio, impor a execução ou a prestação conforme estiver programada.

20. Na doutrina clássica hoje ainda uma posição jurídica válida: "É certo que, como todo contrato, o administrativo implica uma norma convencional, e, neste sentido, como consequência de tal caráter, deve manter-se rígido e inflexível, salvo as alterações, convencionais também, que as partes introduzam. Se se suprime esse caráter, o contrato se suprime em seus fundamentos: primeiro porque desaparece toda garantia, na qual o contrato estriba precisamente sua estabilidade; segundo porque se altera a equidade, se desnívelam as partes, rompe-se a norma que deixa de ser convencional, e se dita por uma somente das partes, contra o princípio de que seu cumprimento não pode deixar-se ao arbítrio de uma só delas" (v. Recaredo F. de Velasco, *Los contratos administrativos*, Madrid, 1927, p. 133).

ação. As sanções, por isso, quando aplicáveis, fazem um pressuposto da essência do próprio contrato. Correspondem a razões que, não impeditivas da execução, protegem a eficácia.

Nos contratos administrativos, o interesse público, influindo nos procedimentos preparatórios e constitutivos, regula e determina a eficácia, dá conta da posição das partes nas obrigações assumidas, compromete os contratantes diante de atos que antes eram unilaterais e passaram a compostos e devem ser continuados.

Nas infrações e sanções, o princípio *tempus regit factum* pode justificar circunstâncias positivas ou negativas, o caso fortuito e a força maior, por exemplo. Todavia, o inadimplemento, em face das obrigações, resolve-se no tempo de duração do contrato; depende, contudo, das causas motivadoras da inexecução.

4.^a PARTE

- EXECUÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS
- OS VÍCIOS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS
- SINOPSE DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NO DIREITO COMPARADO
- SINOPSE DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NO DIREITO BRASILEIRO

EXECUÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Sumário: 101. Natureza do instrumento contratual. 102. Execução normal e execução anormal. 103. Modificações diretas e indiretas. 104. Acordo e novo acordo. 105. Novas relações e outras obrigações. 106. As operações na categoria contratual. 107. Autorizações e concessões. 108. O instrumento jurídico na execução.

101. NATUREZA DO INSTRUMENTO CONTRATUAL

Na execução, os contratos administrativos, bem ao contrário dos *privados*, não se consumam senão mediatamente. A não ser aqueles que, à feição dos *civis*, correspondem a negócios imediatos, de compra e venda ou locação, modalidades *comuns* nas relações entre partes.

Todos, entretanto, podem qualificar-se *administrativos* pela integração neles da Administração e pela finalidade que buscam concretizar. Impossível, ao hermeneuta, analisando um instrumento contratual, não verificar sua natureza, quais as partes contraentes e a finalidade que corresponde ao acordo ¹.

Embora regidos pelo Código Civil ou por regras de regime público, os contratos, onde a Administração intervenha como parte e haja uma constante finalidade de interesse público, podem *lato sensu* ser considerados *administrativos*, tanto para a aquisição de bens como para a prestação de serviços gerais.

Porém, nas áreas de ampla atividade administrativa, destacam-se categorias perfeitamente constatáveis, *categorias* que para melhor apreciação classificam-se pelo interesse público *interno* da Administração e pelo interesse público *externo*, ambas agasalhando nas relações típicas situações contratuais.

1. Em tese, no sentido de apreciação geral, consultar: Rafael Bielsa, *Relaciones del Código Civil con el derecho administrativo*, Buenos Aires, 1923; Jesus Luis Abad Hernando, *Autonomía conceptual de las instituciones del derecho administrativo*, Córdoba, 1967.

102. EXECUÇÃO NORMAL E EXECUÇÃO ANORMAL

Não compete ao analista, estudando a organização administrativa nas largas projeções de atividade pública, ponderar argumentos sobre o que *não é e não existe*. O que importa é a realidade dos *atos* ativando as distintas funções estatais.

Nos contratos administrativos, o importante reside na correspondência entre a lei, o interesse público e a finalidade; os *modos* de gestão pelos quais, na realidade, consumam-se os fins perseguidos no sentido de satisfação das necessidades administrativas².

Logo, o problema da execução nos contratos administrativos vem ligado nas relações estabelecidas à natureza ou categoria do contrato, conforme cláusulas decorrentes do consenso e regras ordenadas de programação executória, incluindo-se nas cláusulas, em face das relações, as conseqüentes obrigações.

Enquanto não se verificarem fatos *novos*, a execução é aquela ditada pelo contrato. Os incidentes na execução, uma vez programada por etapas ou fases, só alteram o pactuado diante de circunstâncias exteriores que, constatadas, exigem da Administração conhecimento das estranhas situações anormalizando relações³.

Dois pontos precisam ficar rigorosamente claros em virtude das inevitáveis conseqüências jurídicas:

— nos contratos de *execução normal*, os instrumentos contratuais ganham projeção jurídica até a consumação também *normal* dos efeitos;

— nos contratos de *execução anormal*, os instrumentos contratuais podem sofrer ruptura ou sanções por razão das infrações cometidas ou denunciadas.

Atente-se que os dois pontos, fazendo estimáveis premissas, visam a normalidade e a anormalidade na execução ou prestação, conforme os exatos termos da contratação. Não se referem, nem podem, a fatos imprevisíveis, nem a medidas que a Administração seja obrigada a tomar com fundamento na impossibilidade executória.

103. MODIFICAÇÕES DIRETAS E INDIRETAS

Apreciando os elementos e os requisitos na formação e conclusão dos contratos administrativos, não podemos por antecipação prever a exaustão das etapas ou fases executórias, os direitos da Administração ou os direi-

2. Juan Carlos Cassagne, *Relaciones con el derecho privado*, in *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1977, t. 1, p. 91-3.

3. André de Laubadère, *L'incidence des faits nouveaux sur l'exécution des contrats administratifs*, in *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris, 1956, t. 3, p. 9-20.

tos dos co-contratantes, porque, em matéria de direitos, os que vigem são os assumidos no momento da contratação.

A questão de *direitos*, após a formalização legal, não existindo na origem vícios denunciáveis, coloca-se no controle da prestação ou da execução, na inexecução ou descumprimento do ajustado, no vínculo jurídico formado, nas obrigações contraídas quando descumpridas, nos efeitos parciais ou globais que um contrato deve produzir.

As modificações *diretas* ou *indiretas*, no plano programado da execução, unilaterais ou por mútuo entendimento, acrescentando ou diminuindo obrigações, não atingem propriamente a execução e sim os *modos* executórios. Via de norma necessária, protegem a finalidade pública, no serviço ou nas realizações públicas⁴. Violentam qualquer acordo, não havendo mútuo consentimento nas modificações à intervenção *direta*, promovendo alteração nas obrigações, e à *indireta*, provocando maior onerosidade. Contudo, ao tempo de duração do contrato, as posições ficam avaliáveis no tocante à permanência ou não da equação econômico-financeira⁵.

Na verdade das relações convém, de parte da Administração e do particular, deixar claro, em face da execução, que:

— um contrato administrativo há de ser executado normalmente dentro e nos limites do exatamente convencionado;

— as modificações no curso da execução independem dos contratantes porque dependem de fatores concretos.

Todavia, uma lei administrativa de caráter geral, *in casu*, deve se fazer cumprir. Como alcançam importância no pactuado leis específicas aumentando taxas ou impostos, remunerando *a mais* jornadas de trabalho ou gravando *a maior* bens indispensáveis ao levantamento da obra ou à prestação do serviço.

104. ACORDO E NOVO ACORDO

Em princípio, o problema da execução é um só: o de dar cumprimento ao contrato, considerando a finalidade determinada e a execução devidamente calculada. Eventos futuros, após formalização contratual,

4. Georges Péquignot, *Traité générale des contrats administratifs*, Paris, 1945, p. 395; Miguel Angel Berçaitz, *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, 1952, p. 306-11.

5. Miguel Angel Berçaitz estuda com realismo a problemática, lembrando fatores que podem surgir de um ato administrativo geral e outros resultantes de leis que, aumentando valores aplicáveis, incidem na execução agravando os custos do serviço (op. cit., p. 312-13).

ficam fora das previsões. *Dar cumprimento ao contrato* é antes de tudo dever jurídico das partes, sobretudo da Administração ⁶.

Duas indagações, tomado um contrato formalizado e já em processo de franca execução, fazem-se possíveis:

— como pode o particular co-contratante cumprir o ajustado surpreendido por fatores estranhos à sua vontade?

— qual a vantagem da Administração obrigando o co-contratante a cumprir contrato economicamente prejudicial?

As respostas às indagações, evidentemente, apresentam-se negativas, no entanto possibilitando:

— dentro do acordo um *novo acordo*;

— dentro do *novo acordo* a atualização das condições.

Não havendo novo acordo, ponderado objetivamente o interesse público *ainda atual*, duas soluções resultam imperativas:

— da rescisão contratual como medida emergente;

— da reparação ocorrendo prejuízos constatáveis das prestações prometidas.

Todavia, é da execução parcial bem avaliada que partem os pressupostos. Não da inadimplência que não houve. Bem postas as partes no tocante às obrigações, a questão volta-se para o interesse público existente, a fim de a Administração poder justificar alteração nas relações. Alteração que, não aceita, pode invalidar compromissos.

105. NOVAS RELAÇÕES E OUTRAS OBRIGAÇÕES

A execução, fundamentalmente para os propósitos públicos, em qualquer tipo de contrato administrativo nas categorias, deve ser observada pelas partes dentro de rigorosos critérios objetivos, tutelada e respeitada em face do interesse declarado, pela natureza do serviço e na finalidade.

A bem dizer, pela execução o contrato se integra no momento inicial da manifestação de vontade (interesse público) ao momento da consumação da vontade (finalidade pública), constituindo uma unidade orgânica jurídica só quebrantável pela influência nas etapas ou fases executórias de fatores incidentes não superáveis ⁷.

6. "Um contrato se celebra para ser cumprido e para a satisfação de um fim, de um serviço ou de uma necessidade pública. Ele não prospera quando o co-contratante fica impossibilitado de realizá-lo, porque novas condições apareceram tornando-o extremamente oneroso no cumprimento das prestações" (Miguel Angel Bergaitz, op. cit., p. 331).

7. Mario Gallo, *Le fonti dei rapporti obbligatori nel campo del diritto amministrativo*, in *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, Padova, 1936, p. 15-7.

Sem dúvida, ficando fora de juízo crítico os fatores superáveis, somente os *insuperáveis*, ou decorrentes de fatos direta ou indiretamente ligados à necessidade da modificação contratual, podem, como ficou dito, justificar novas relações e outras obrigações. O que quer dizer que as partes na execução simplesmente não se furtam de cumprir estipulações impedindo ou retardando tarefas contratualmente previstas.

Do contrário, os acordos contratuais, nas esferas administrativas, jamais encontrarão segurança quanto ao exatamente pactuado, deixando a Administração submetida a incertezas fáticas e o particular co-contratante indefeso para assumir obrigações. Precisamente, no desenvolver dos procedimentos executórios, encontram-se a essência do contrato e o equilíbrio dos efeitos que devem permanecer estáveis na reciprocidade jurídica.

106. AS OPERAÇÕES NA CATEGORIA CONTRATUAL

A impossibilidade contratual na consecução da finalidade é matéria jurídica de fato e não de vontades antes declaradas, porque, nas etapas ou fases executórias, os interesses comuns quando desajustados podem carrear inúmeras implicações. Vale, portanto, analisar a conduta da Administração e o comportamento do contratante particular. O contrato, digamos, no que ele diz e como está sendo executado ou prestado.

Daí a importância avaliatória da normal ou da anormal execução, pois só dessa avaliação, considerando esquemas financeiro-econômicos, é razoável pelo conhecimento objetivo de novas situações saber, em nome do interesse público atual, quais as providências administrativas suscetíveis de serem tomadas com vantagens, menores prejuízos ou nenhuma ofensa ao direito ressarcitório⁸.

Entretanto, a avaliação da execução nas etapas ou fases executórias orienta-se no sentido:

— das operações que correspondam às fases ou etapas ordenadas para a regular prestação dos serviços;

— da categoria contratual conforme com a natureza específica do tipo de serviço a realizar.

Quando falamos de *operações* estamos a falar de *procedimentos* regulares nas etapas ou fases executórias, de licitude na aplicação de recursos financeiros, de acuidade no uso dos materiais utilizáveis previstos nas pro-

8. É preciso considerar: 1.º) o contrato perfeito na execução normal; 2.º) o contrato perfeito na execução anormal. São duas situações que precisam ser avaliadas. Outro é o problema dos vícios. Outra a questão das infrações e sanções. Um contrato que padeça de vícios já na origem não é normal. No contrato normal, havendo licitude na execução, compete à Administração evitar sanções contra ela própria. Estando vinculada, como está ao co-contratante, a responsabilidade administrativa conduz ao direito ressarcitório.

postas do co-contratante, de elementos técnicos adequados à prestação parcelada do pactuado.

A referência à categoria contratual também é importante porque são inúmeras as variações na finalidade; cada categoria definida no limite do que foi contratado, ou seja, consoante operações que devam movimentar nas etapas os serviços programados.

Diferente, no entanto, aparece a execução, nas autorizações ou concessões de serviço, influenciando os *modos* de prestação, já que o interesse público permanece estatal, surgindo como co-contratante uma figura jurídica toda característica e a finalidade fundada em típicas *formas* de administração indireta.

107. AUTORIZAÇÕES E CONCESSÕES

Nas autorizações há um concreto serviço *a fazer*. Nas concessões, um serviço existente ou criado. Na primeira hipótese os vínculos exteriorizam-se da aceitação motivada por ato administrativo unilateral, na segunda, a natureza do serviço domina a relação contratual, subordinando a pessoa do concessionário.

Logo, os procedimentos operacionais e a própria execução vão depender de fatores singulares, aparecendo nas concessões a figura do usuário *terceiro interessado*. A matéria assume relevo, diante de alguns pressupostos básicos, entre eles o da continuidade dos serviços⁹.

Na *autorização* o limite é a coisa a explorar a título gratuito ou não. A conduta do autorizado depende necessariamente de duas condições, uma de exação e outra de perfeita subordinação à finalidade. Tudo decorre do que, em forma regular, sem infringência legal, possa o beneficiário fazer ou usufruir¹⁰.

Na *concessão*, que estudaremos em capítulo separado, há a transferência de um serviço estatal, de um serviço qualificado de utilidade pública que passa a ser administrado por particulares. O contrato, por isso, para sua estabilidade, não depende somente da Administração, mas também dos concessionários.

108. O INSTRUMENTO JURÍDICO NA EXECUÇÃO

A execução dos contratos administrativos, respeitadas as variantes de categorias, torna-se um problema todo de conhecimento prático, conside-

9. Pierre Vigny, *Le contrat de concession*, in *Droit administratif*, Bruxelles, 1958, p. 284.

10. Guido Landi e Giuseppe Potenza, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 1960, p. 211-3.

rando as espécies *tônicas* tão sensíveis que, objetivamente analisadas, refletem diferenças de formação e de estrutura, em razão da finalidade ¹¹.

Há de parecer recomendável, em qualquer categoria de contrato administrativo, que o instrumento jurídico seja apreciado na execução em termos reais, desde que venha revestido de validade. Na execução não se discutem, não havendo impugnação, outras questões que não se respondam nas relações por obrigações compromissadas.

Formalizado o contrato, está ele pronto para a execução, embora ainda se tenha de cumprir. A execução, assim, vai do momento da formalização ao momento da entrega da obra ou serviço. Todas as incidências, sempre predominando o interesse público, só podem aparecer no limite de tempo entre o ajuste e o desenvolvimento das operações.

Os *vícios* certamente podem prejudicar relações nos contratos administrativos, sem nada terem diretamente com a execução. Implementos prejudiciais maculam na origem as relações, possibilitam medidas que *in casu* detêm os efeitos, paralisam a eficácia e tornam duvidosas as obrigações ¹².

Contudo, os vícios, quando existentes, atingem a vontade porque antecedem a formalização contratual. Não constituem problema de execução. Em curso ou não a execução, passam a fundamentais, porque, possivelmente nulificado o acordo, podem ou não, conforme o ajustado, provocar o distrato ou ilegitimar relações.

11. Alguns poucos exemplos: contratos de obras públicas, de fornecimento, de concessão, de função pública, de empréstimos. São todos eles *faces* da permitida atividade administrativa. Cada qual exigindo na formação uma estrutura e regime próprio. A execução, portanto, é também uma questão de estrutura do contrato, isto é, de conteúdo, de matéria, de cláusulas pertinentes inseridas no corpo do instrumento jurídico.

12. "Os vícios que afetam de nulidade os atos administrativos são os que se referem ao consentimento, à competência do órgão que os ditou, à inobservância das formas ou procedimentos prescritos e à violação da lei. Se qualquer dos elementos indicados, consentimento, competência, forma e objeto, não forem observados ou cumpridos conforme o direito, a Administração poderá revogar o contrato por razões de legalidade" (v. Miguel Angel Berçaitz, op. cit., p. 342). Existem, porém, como veremos, outras hipóteses a serem analisadas.

OS VÍCIOS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Sumário: 109. Valores jurídicos inafastáveis. 110. As hipóteses de vícios. 111. Os chamados vícios da vontade. 112. Origem dos vícios nos contratos administrativos. 113. Conclusão do contrato e vícios sanáveis. 114. Consentimento e nulidade. 115. A influência do Direito Privado. 116. O vício na discricionariedade.

109. VALORES JURÍDICOS INAFASTÁVEIS

Como por detrás do contrato administrativo há um ato administrativo, que deve vir exercitado com legitimidade, os vícios que maculam os atos são os mesmos que maculam os contratos. De igual maneira, com respeito aos particulares que, ao assumirem obrigações, não podem senão fazê-lo em virtude de lei ¹.

É a bilateralidade nas contratações públicas que assim exige. Competência e capacidade constituem valores jurídicos inafastáveis, sendo necessário lembrar os vícios que afetam o consentimento porque os pressupostos são os mesmos do Direito Privado, ou seja, o erro, o dolo e a violência ².

No entanto, o que importa nos contratos administrativos envolve, nas relações no momento constitutivo e na formalização, a própria eficácia, os efeitos e a finalidade, razões muitas vezes de oportunidade ou conveniência, de legalidade ou moralidade, de inobservância das formas ou das regras prescritas.

110. AS HIPÓTESES DE VÍCIOS

As hipóteses, entretanto, afastadas as condições de competência e capacidade, podem surgir:

1. No Brasil a matéria vem regulada pelo Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967.

2. Miguel Angel Berçaitz, *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, 1952, p. 225.

- de erro essencial sobre a finalidade do contrato;
- de dolo para a obtenção do acordo contratual;
- de violência no sentido de provocar a declaração pública de vontade.

Existentes os elementos e os requisitos, contudo, o pacto consensual pode nulificar-se ou ser rescindido, desde que não venha conforme com o direito *posto* ³. Principalmente com *modos* ou critérios que refujam das categorias, transformando, *in casu*, uma autorização em concessão ou vice-versa.

Assinale-se que os vícios, podendo não afetar elementos e requisitos, podem, quando evidenciados, provocar não só a rescisão contratual, mas também medidas de responsabilização, já que as causas da revogação fundamentadas em atos ou fatos imputáveis tornam impossível manter o contrato inalterado na estrutura.

111. OS CHAMADOS VÍCIOS DA VONTADE

Nada tem a ver nos contratos administrativos a competência ou capacidade com os chamados *vícios da vontade*. Tal afirmação não é estranha porque *in genere* o erro de fato ou de direito, quando essencial, invalida o pactuado, transformando-se em excesso de poder ⁴.

Acaso a vontade do agente contraponha-se à vontade da Administração, a questão mesmo na consensualidade pode ser de erro, de dolo ou de violência, verificáveis em razão do interesse público concreto, da utilidade ou da oportunidade de obras ou serviços ⁵, mesmo que haja competência e capacidade.

Os vícios, pelo que se depreende, influem na estrutura e formação dos contratos administrativos, nos *elementos* que devem necessariamente integrá-los, aparecendo como dos mais graves os que atingem a finalidade na sua *forma* porque em razão da finalidade podem desnaturar a vontade no consenso.

Em certas categorias, nas autorizações ou permissões, os aspectos públicos não comportam excesso ou desvio de poder, sobretudo em benefício do particular contraente de obrigações. Há um limite a ser respeitado no acordo e na adesão e que, violentado na origem, conduz à infração da lei.

3. Neste livro, 1.^a parte, Cap. III.

4. Mario Gallo, *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, Padova, 1936, p. 130-1.

5. Mario Gallo, *op. cit.*, p. 135-43.

112. ORIGEM DOS VÍCIOS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Para o hermeneuta, o problema dos vícios, nos contratos administrativos, fazem-se conseqüentes:

- da vontade na sua clareza manifestada por meio de ato pertinente;
- da finalidade inexecutável consoante o interesse figurado;
- da forma que, revestindo o contrato, deve dar-lhe adequada categoria.

Portanto, o enfoque dos vícios, nos contratos com a Administração, difere dos que surpreendem no Direito Privado. Nos *administrativos* a influência dominante do interesse público não admite soluções liberais a favor do contratante particular, nem direitos que não correspondam a exatas obrigações ⁶.

Não fosse o interesse público, de utilidade, de obras ou serviços, a causa ou motivação *primeira* da Administração, embora não se discuta conveniência ou oportunidade na feitura dos contratos, quem sabe houvesse maior largueza nas relações e mais ductilidade no cumprimento das obrigações.

113. CONCLUSÃO DO CONTRATO E VÍCIOS SANÁVEIS

Há um momento, decisório para a Administração, que é o da *conclusão do contrato*. Neste propício momento, antes do contrato concluído, a fim de evitar questões de validade, fica este em mãos de quem decide remover os vícios quando sanáveis.

É neste preciso momento que se refazem os procedimentos ou se inovam os trâmites prejudiciais, já que a aprovação do contrato ou julgamento no processo respectivo constitui nos diversos regimes *ato conclusivo* fundado nos pressupostos que ficam legitimados ⁷.

Claro que os vícios, sendo sanáveis a não-aprovação ou o julgamento negativo, trazem conseqüências jurídicas ⁸. Todavia, tais conseqüências,

6. André de Laubadère, Invalidités du droit civil et illégalités du droit administratif, in *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris, 1956, t. 1, p. 199-201. Também: Alberto Ramón Real, *Adjudicación y contrato: vicios*, I Congreso Internacional y IV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, Mendoza, 1977.

7. André de Laubadère, La approbation du contrat, in *Traité*, cit., t. 1, p. 185-92. Consultar: Jaime Vidal Perdomo, *La adjudicación: vicios*, I Congreso Internacional, cit., Mendoza, 1977.

8. André de Laubadère, Consequences juridiques de la non-approbation du contrat, in *Traité*, cit., t. 1, p. 193-8.

mesmo em virtude da conclusão procedimental, não obstante representem eventuais indenizações, são menos danosas à Administração⁹.

Na verdade, os vícios, nos contratos com a Administração, são difíceis de acontecer porque todos eles na origem, como sabemos, são vícios que geralmente afetam o consentimento, distorcendo a vontade ou alterando o declarado querer administrativo.

114. CONSENTIMENTO E NULIDADE

Uma posição vem definitiva na doutrina: “não há consentimento se este não é livre”, pois “a força, seja física ou psicológica, dominando o consentimento, imprime a este o selo da nulidade, posto que o despoja do seu caráter essencial, a livre manifestação”¹⁰.

De uma parte ou de outra, da Administração ou do particular, a validade, como indispensável às relações para que legitime obrigações, condiciona a normalidade do ajuste, impedindo desnaturamento dos objetivos nos procedimentos de formação dos contratos públicos.

Um contrato, viciado no consentimento, não só com respeito à infração da lei, porém marcado de erro, dolo ou violência, para nulificar-se basta que os poderes apareçam exercitados com desvio, intenção malévola ou influência de fatores estranhos à sua normal conclusão¹¹.

O importante, nas categorias, reside na possibilidade de verificação, diante do interesse público e da finalidade, das condições em que os vícios se apresentem, conforme se destaquem na formação, depois na estrutura e, *in fine*, na formalização.

115. A INFLUÊNCIA DO DIREITO PRIVADO

A falsa ou falha equação econômica, não sendo propriamente um vício denunciável, torna viciado o contrato administrativo, pois, *in casu*, uma das partes sofreu influência enganosa, tornando inexecutível o alcance da finalidade. Pode constituir erro condenável, dolo ou influência fraudulenta diante de possíveis melhores contratantes.

9. Todavia, como na Colômbia, na maioria das nações “não existe elaboração legal, doutrinária e jurisprudencial dos contratos administrativos; ficou entendido tradicionalmente que é uma zona regida pelo Direito Privado” (v. Jaime Vidal Perdomo, Contratos de la administración, in *Derecho administrativo*, Bogotá, 1977, p. 411). A influência, porém, nos regimes administrativos do Direito francês, tem de ser reconhecida apenas dentro dos critérios exclusivamente doutrinários, muito embora continue viva na América Latina.

10. Recaredo F. de Velasco, Vicios del consentimiento: error, violencia, intimidación y dolo, in *Los contratos administrativos*, Madrid, 1927, p. 72-6.

11. Recaredo F. de Velasco, Error de hecho y de derecho, Principios comunes a todos los contratos, in *Los Contratos*, cit., p. 74-5.

Não só isso porém. Existem determinantes, como as abaixo nomeadas, que a doutrina pacificamente consagra:

— “tal como ocorre com o ato administrativo, um contrato administrativo deve considerar-se viciado ou defeituoso quando apareça no mundo jurídico, sem haver satisfeito os requisitos para sua validade ou eficácia”;

— “a teoria dos atos administrativos, com relação aos contratos administrativos, possui a mesma importância que a teoria dos atos jurídicos com respeito aos contratos de Direito Privado”¹².

Contudo, na prática administrativa, a questão dos vícios nos contratos administrativos, havendo controvérsia, é um problema somente avaliável a partir do exame de cada caso concreto¹³. Depende da categoria e da natureza da contratação.

116. O VÍCIO NA DISCRICIONARIEDADE

Daí decorre para o analista o caráter essencial do processo de formação da vontade contratual, passando os vícios a serem estudados desde a fase preparatória até a escolha do particular contratante, tão-somente porque o resto chama-se *execução*.

O fulcro, na problemática dos possíveis vícios, leva o intérprete ao ato de autorização que estabelece ou define “faculdade pela qual o contrato deve ser realizado”¹⁴. Sem dúvida, o problema é de regras gerais ou de normas especiais, de regime nas categorias.

Quanto à Administração, no limite dos poderes ou faculdades, jamais valida contratações distantes de regras gerais ou normas especiais, não obstante o consentimento provenha regular da competência e da capacidade.

O vício também pode ser encontrável, nulificando o contrato, na finalidade *indeterminável*, ou simplesmente *determinável* por vontade discricionária de uma das partes. Ficamos, nas duas hipóteses, frente a uma relação contratual viciada, nascida de circunstância arbitrária.

Entretanto, os vícios, nos contratos administrativos, quando apreciados tora da ótica do Direito Privado, deslocam a questão para um plano jurídico abstrato, nada podendo o intérprete conhecer, senão analisando as contratações públicas nas categorias disciplinadoras.

12. Miguel S. Marienhoff, Contratos administrativos, Vicios de los contratos administrativos, in *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1978, t. 3-A, p. 553-4.

13. Cesare Cammeo, *I contratti della pubblica amministrazione*, Firenze, 1954, p. 68-71.

14. Bartolomé A. Fiorini, La autorización para contratar, in *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1968, t. 1, p. 424.

SINOPSE DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NO DIREITO COMPARADO

Sumário: 117. Pontos comuns nos contratos administrativos. 118. Postulados e obrigações contratuais. 119. O valor das obrigações resguardando relações. 120. Identidade nos pressupostos doutrinários. 121. Regimes e peculiaridades legislativas. 122. O contrato administrativo em tese e de plano. 123. O caráter universal na base das contratações públicas. 124. Brasil: variantes na qualificação orgânica e substancial.

117. PONTOS COMUNS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

O questionável, no Direito Comparado, são os problemas de regime ou de legislação específica. O que importa, no estudo comparado dos contratos administrativos, em tese, são os pontos comuns, harmônicos no consenso e finalidade.

Não devemos, por essa razão de pensamento doutrinário, perquirir as diferenças e sim aproximar colocações qualificadoras da figura jurídica, isto é, os elementos e requisitos que se fazem presentes nas contratações públicas ¹.

Bem examinado um contrato com a Administração, as relações são as mesmas, variando as obrigações conforme a natureza contratual. Com respeito à finalidade, constitui uma unidade conceitual e substancial conhecida dos regimes jurídico-públicos.

1. Na realidade, afastadas as determinantes de sistema jurídico, os contratos administrativos, na sua feição instrumental, são todos semelhantes ou assemelhados. Pretendem perseguir os mesmos objetivos. Realizam sempre funções estatais. Têm, no serviço público em geral, a tônica de conteúdo fundamental. As partes são exatamente as mesmas. Os procedimentos, de uma maneira ou de outra, vinculados à satisfação das necessidades públicas. Podem variar, nas categorias, voltando aos sistemas, a tutela e a jurisdição, o grau de intervenção ou de controle. Daí a orientação, neste capítulo, de trazer à colação apenas os pontos convergentes, ou seja, os que nos sistemas refletem conceitos básicos, preexistentes nos ordenamentos jurídicos.

Observados, externamente, os contratos administrativos, as semelhanças formais são evidentes no Direito Comparado. Logo, interesse público, bilateralidade, finalidade e forma correspondem aos elementos informativos e de formação universalmente consagrada.

118. POSTULADOS E OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS

Faz muito que, no Direito Comparado, os contratos administrativos buscam qualificações definitivas. O chamado *dirigismo contratual* vem paulatinamente perdendo sua razão de ser por não atender à consensualidade ou desigualar as partes.

O princípio da autonomia da vontade, uma constante jurídica nos contratos públicos e privados, em consonância com as regras legais, subordina toda a Administração. Constitui um *conceito* que nas relações jurídicas domina todos os ordenamentos jurídicos ².

As tendências, cada vez mais flagrantes, assentam em postulados de que *normalmente* poder algum pode desconhecer obrigações contratuais ou, sem motivo, anular obrigações contraídas mediante contrato. As reservas localizam-se no interesse público, ou seja, na posição assumida pela Administração de defesa dos interesses coletivos.

A garantia, para receber ou formalizar contratos livremente ajustados, conforme determinações legais, domina o Direito nas projeções internacionais, insere-se na ordem jurídica positiva das nações, dá a estabilidade necessária à consecução de objetivos administrativos.

119. O VALOR DAS OBRIGAÇÕES RESGUARDANDO RELAÇÕES

Embora o individualismo, nos Estados Unidos como na Inglaterra, ou seja, no Direito anglo-americano, influa no caráter do princípio da autonomia da vontade, não é por isso que os contratos deixam de assumir, nas relações sociais ou humanas, posição jurídica inalterável ³.

2. Na literatura comparada: Sabino Alvarez Gendín, *Los contratos públicos*, Madrid, 1934; Gilbert Madray, *Des contrats d'après la récente codification privée faite aux états-unis*, Paris, 1936; Oreste Rannelletti, *La garantigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1937; João de Melo Machado, *Teoria jurídica do contrato administrativo*, Coimbra, 1936; Jacobo Wainer, *Contratos administrativos*, Buenos Aires, 1939; Cesare Cammeo, *I contratti della pubblica amministrazione*, Firenze, 1954; J. D. B. Mitchell, *The contracts of public authorities*, London, 1954; José Luiz Gonzales, Berenguer Urritia, *La contratación administrativa*, Madrid, 1966; Francesco di Renzo, *I contratti della pubblica amministrazione*, Milano, 1969.

3. Gilbert Madray, op. cit., p. 191-4.

O *Restatement of Contrats*, na história do Direito nos Estados Unidos, imprimiu à doutrina o respeito pelo valor das obrigações, resguardando relações só extinguíveis por motivo de força maior, caso fortuito ou fatos que alterem a execução ⁴.

Embora ninguém procure desconhecer a preeminência do interesse público sobre o particular, as colocações jurídicas afirmam a intangibilidade dos contratos e de um modo geral a interferência neles mediante, *in casu*, reparação indenizatória ⁵.

Nos Estados Unidos, a preocupação é de assegurar maior economia e melhor eficácia na disciplinação dos serviços públicos; o problema é de coordenação conforme regras ou princípios gerais que possam atender obrigações que provenham dos contratos concluídos pela Administração em qualquer nível de atividade administrativa ⁶.

Na Inglaterra, a chamada *Public Works*, centralizando obras e serviços, só em circunstâncias absolutamente necessárias, permite mediante autorização a contratação e a execução de obras, a contratação e a realização de serviços ⁷.

No sentido que acabamos de expor, observe-se que, nos Estados Unidos e na Inglaterra, a afetação de bens, obras ou serviços, dependendo da destinação e proveniência de contratos, só pode sofrer alteração nas obrigações por motivos altamente relevantes.

Nem por isso a Administração deixa de exercer poderes nos quais esteja investida para promover o bem público, já que a questão, afetando os contratos direta ou indiretamente, sensibiliza-se pela legitimidade do fim. As medidas de controle ficam tão-somente aquelas apropriadas à finalidade.

4. O documento foi publicado, em 1932, pelo *American Law Institute*. Não se trata, porém, de uma codificação, mas de regras destinadas a proteger as partes nas contratações administrativas, preservando o contrato para efeito de interpretação, dirigidas a juízes para a solução dos conflitos. Para consulta: W. Maurice Thomas, *Derecho y instituciones de la Grã-Bretaña*, trad. esp., México, 1945. Já porque, na busca dos fins administrativos, as instituições britânicas muito influíram nas norte-americanas, não ficando fácil, na origem, separá-las.

5. Leonard D. White, *Approval of contracts, Control to prevent deficits*, in *Introduction to the study of public administration*, New York, 1942, p. 235-6. Para maior conhecimento: Rodolfo Bledel, *Introducción al estudio del derecho público anglosajón*, Buenos Aires, 1947, p. 115-6.

6. W. F. Willoughby, *Standardization of contract forms*, in *Principles of public administration*, Washington, 1927, p. 395-6.

7. A dependência a regimes, nos Estados Unidos ou Inglaterra, não desnatura a tradição do instituto contratual. Consensualidade, relações, obrigações e direitos não constituem valores que pertençam a esta ou àquela nação, nem realidades vivas que fiquem limitadas aos estreitos limites nacionais.

120. IDENTIDADE NOS PRESSUPOSTOS DOUTRINÁRIOS

Na França, como na Itália, fatores externos conspirando contra a estabilidade das relações contratuais sempre resguardam a Administração diante de circunstâncias que possam influir na modificação dos acordos realizados entre partes⁸.

Na Itália, como na França, nos contratos de execução continuada, se as operações resultarem excessivamente onerosas, em virtude da ocorrência de acontecimentos inevitáveis, a parte que deve prestações obrigacionais pode pleitear ou demandar a rescisão.

Na verdade, a identidade nos pressupostos doutrinários é de sistema universal e não pertence isoladamente a qualquer regime. Tirante o problema da organização administrativa e o de jurisdição ou então as colocações jurisprudenciais e casuísticas, os contratos com a Administração possuem a mesma formação e consomem-se dentro dos mesmos critérios jurídicos⁹.

No Direito francês, entretanto, o grande mérito reside nas famosas construções jurisprudenciais¹⁰, na continuidade de fatos nas relações contratuais, exigindo jurídico comportamento administrativo, impondo à Administração rigores no cumprimento das obrigações e respeito a estas, enquanto motivos de interesse público atual não justifiquem alterações no pactuado.

O Direito italiano, de ontem ou de hoje, em matéria de organização, não deixou de identificar-se nos critérios com o Direito francês¹¹. Na base dos conflitos, a presença do Conselho de Estado tornou-se em força de valor jurídico ponderado, dando solução aos litígios conforme os interesses em jogo, os reclamos públicos e o real posicionamento dos particulares contratantes.

8. As constantes, nos regimes administrativos, não diferem onde a Administração conclua contratos. Todos os contratos públicos têm a mesma fisionomia ou se parecem. As questões, em razão da finalidade, é que podem requerer distintos modos procedimentais. Possivelmente, variáveis as estruturas, as tônicas procedem das legislações específicas. Está claro que ao intérprete cabe distinguir nas *formas* os objetivos públicos, nos *objetivos públicos* os meios pelos quais se realiza a contratação.

9. Nas legislações, o interesse público e a finalidade nas contratações administrativas correspondem a conceitos universalizados. Nada existe na temática doutrinária que Estados Unidos ou Inglaterra, França ou Itália possam hoje ensinar ao Direito de outras nações. A contribuição científica e de experiência, que já legaram, constitui acervo prático e jurídico, absorvido pelos Estados contemporâneos. Aliás, estudando o Direito Administrativo comparado, verifica-se que a base dos institutos públicos assenta-se, pelo menos formalmente, nos institutos de Direito Privado. Da origem partem as semelhanças. O *porquê* dos contratos administrativos apresentarem idênticas qualificações jurídicas.

10. Maurice Hauriou, *La jurisprudence administrative*, Paris, 1892 a 1929.

11. Oreste Ranelletti, *Ordinamento amministrativo dello stato italiano*, Padova, 1937; Raffaele Resta, *Giustizia amministrativa*, Roma, 1974.

121. REGIMES E PECULIARIDADES LEGISLATIVAS

Consideradas as fontes comuns, não permanecem distinções de estrutura na formalização dos contratos administrativos, quer na Espanha, quer na Argentina. As fontes, francesas ou italianas, inspiram os doutrinadores de ambos os países, não obstante peculiaridades legislativas resultantes dos respectivos regimes administrativos ¹².

Na Espanha, de há muito, os contratos administrativos não sofrem mudanças conceituais, apresentando pela tradição as mesmas implicações e características formais. Na Argentina, uma linha também de tradição dá às contratações públicas elementos ou requisitos que são constantes no Direito Comparado.

Um contrato é, pois, por assim dizer, na usual terminologia jurídica, um *contrato* com iguais elementos e idênticas características; relação consensual visando uma finalidade pública, as obrigações realizando o acordo, as partes procurando manter o equilíbrio na execução e o interesse público, ficando a meta final a ser atingida ¹³.

Duas constantes, que ficaram universalizadas, permanecem: a do interesse público atual e a da economia do contrato. Princípios análogos, na base dos contratos administrativos, tanto na Espanha como na Argentina, dizem na aplicação prática da doutrina que todo contrato legalmente celebrado é lei entre as partes e que o acordo não pode ser invalidado senão mediante consentimento mútuo ou causas determinantes legais ¹⁴.

Naturalmente, atendendo os largos critérios tradicionais no Direito Comparado, podem ocorrer casos complexos de serem avaliados. Entretanto, nas legislações pertinentes, possuem as partes a tutela de quem, podendo estimar as conveniências públicas, possa dizer da manutenção ou não das relações, da continuidade ou não das obrigações.

12. "A doutrina assentada ficou esta: se um convênio qualquer se baseia na crença de que determinado fato poderá ser realizável, ao não se produzir por circunstâncias imprevisíveis alheias às partes, o convênio fica rescindido". Como lembra Miguel Angel Berçaitz, o mesmo ocorreu na Espanha, Suíça, Hungria, România, Turquia e Polónia (*v. Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, 1952, p. 75-6).

13. Miguel S. Marienhoff, *Definición, Terminología*, in *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1978, v. 3-A, p. 32-7. No México: Gabino Fraga, *Derecho administrativo*, México, 1950, p. 512-16.

14. Merece menção, na problemática dos contratos administrativos, as contribuições dos mestres chilenos Enrique Silva Cimma e Eduardo Soto Kloss, principalmente a desde já neste livro lembrada, pela influência recebida do pensamento inglês. Na Venezuela, não se pode olvidar o nome de Allan Randolph Brewer Carias, cujos estudos têm sido altamente valiosos para a América Latina. Na matéria, entretanto, tanto no Chile como na Venezuela, as diretivas conceituais básicas e doutrinárias não discrepam das posições tomadas nos demais países latino-americanos. Há no continente uma linha jurídica de pensamento estável. As diferenças, como apontamos, são de peculiaridades nos regimes administrativos. De regimes, portanto.

122. O CONTRATO ADMINISTRATIVO EM TESE E DE PLANO

Em tese e de plano, em matéria de contrato administrativo e de intervenção nas relações pactuadas, quando o interesse público deve atuar ou quando as prestações prometidas tornam-se de difícil execução, os pressupostos na doutrina justificam os princípios jurídicos.

Na Alemanha, por longo tempo, a desvalorização da moeda originou leis novas relativas ao cumprimento das obrigações contratuais. A impossibilidade *econômica* equiparada à impossibilidade *material* reparte equitativamente entre os contratantes os prejuízos sofridos ¹⁵.

Contudo, o posicionamento alemão nos contratos administrativos, voltado sempre para as prerrogativas públicas, e o poder de polícia, nas contratações, retratam a compulsória adoção de medidas precautelares para todas as categorias de prestação de serviços ¹⁶.

No entanto, verificando estruturas e processo formativo nos contratos administrativos, a doutrina ou a legislação na Alemanha não apresentam feições distintas das conhecidas qualificações categorizantes clássicas ¹⁷.

Negando ou não a existência de contratos na figuração tradicional com a Administração, a simples negativa na Alemanha afirma a existência jurídica das contratações públicas. A regulação, de Direito Público ou Privado, porque apenas especulativa, *publiciza* as relações contratuais diante da finalidade.

Avaliados, em tese ou de plano, os contratos administrativos, em qualquer regime, constituem realísticos acordos de que participa a Administração. Resta, tão-somente, ao analista qualificá-los e caracterizá-los, colocando as partes e as pactuadas relações de direito na *ordem* da organização administrativa.

123. O CARÁTER UNIVERSAL NA BASE DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

A situação no Uruguai também tem caráter universal. Todavia, há, nas contratações públicas, o claro objetivo da proteção do resultado eco-

15. Jacobo Wainer realizou histórico bastante objetivo dos “antecedentes estrangeiros sobre o regime de contratações”, sobretudo examinando as posições na Inglaterra, Itália, Estados Unidos, França, Espanha e Brasil (v. *Contratos administrativos*, Buenos Aires, 1939, p. 34-88).

16. Consultar: Otto Mayer, *Derecho administrativo alemán*, trad. esp., Buenos Aires, 1949/52; Fritz Fleiner, *Instituciones de derecho administrativo*, trad. esp., Barcelona, 1933.

17. Procurar desde Otto Mayer os ensinamentos de Huber, Peters, Heltritz e Jellinek, da escola alemã tradicional; v. Ernest Forsthoff, *Tratado de derecho administrativo*, trad. esp., Madrid, 1958.

nômico, podendo a Administração fazer variar as obrigações para restabelecer o equilíbrio da equação financeira ¹⁸.

O problema, no regime uruguaio, coloca-se de diferentes maneiras: negando à Administração o direito de modificar cláusulas de conteúdo puramente patrimonial, ressarcindo o co-contratante dos prejuízos causados com as modificações e prevendo responsabilidade pelo não-cumprimento das obrigações ¹⁹.

Na Colômbia, de há muito, sua Constituição política estabeleceu normas especiais com respeito aos contratos administrativos e que serviram de base para se estabelecer o seu regime legal, desde o *perfeccionamiento* até a caducidade ²⁰.

Existe, portanto, na Colômbia, um sistema ou regime contratual, classificatório dos contratos administrativos, impondo: "formalidades que devam cumprir as diferentes administrações ou entidades para ligarem-se contratualmente" ²¹.

O que o analista deve observar, em face dos princípios herdados da cultura jurídica européia, são as categorias qualificadoras dos contratos administrativos, porque somente por elas torna-se possível conhecer as peculiaridades inconfundíveis.

124. BRASIL: VARIANTES NA QUALIFICAÇÃO ORGÂNICA E SUBSTANCIAL

No Brasil, dois importantes documentos legais regulam as contratações administrativas: o Código de Contabilidade Pública e o Decreto-lei n. 200. Os demais, quando existentes, decorrem necessariamente na hierarquia dos diplomas fundamentais ²².

Das linhas mestras gerais projetam-se os conceitos jurídicos: as definições com respeito às relações e às obrigações; os pressupostos da ati-

18. Julio A. Prat, Los actos y los contratos administrativos, in *Derecho administrativo*, Montevideo, 1978, t. 3, v. 2, p. 307.

19. Julio A. Prat, op. cit., t. 3, v. 2, p. 306-8.

20. Eustorgio Sarria, Antecedentes legislativos sobre contratos administrativos, in *Derecho administrativo*, Bogotá, 1957, p. 235-42.

21. Jaime Vidal Perdomo, Contratos de la administración en Colombia, O estatuto de 1976, in *Derecho administrativo*, Bogotá, 1977, p. 417-54.

22. Regulamento Geral de Contabilidade Pública, arts. 742, 767 e 775, Imprensa Oficial, Rio de Janeiro, 1936; Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967; Decreto-lei n. 185/67, regulamentado pelo Decreto n. 60.407; Lei Paulista n. 89/72. No assunto, consultar: Antonio Marcello da Silva, *Contratações administrativas*, São Paulo, 1971; Hely Lopes Meirelles, *Licitação e contrato administrativo*, São Paulo, 1975. E também: José Mattos de Vasconcellos, Contratos administrativos, in *Direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1937, v. 2, p. 207-23.

vidade administrativa *consentida*; o tipo da figura, o *contrato*, na exata qualificação orgânica e substancial ²³.

Um dos documentos citados, o Decreto-lei n. 200, disciplina normativamente as operações administrativas estatais ²⁴; compromete a Administração com os *modos* procedimentais; subordina o Estado, na relação com particulares, a *formas* figuradas de conduta programada.

Evidente que os *modos* e as *formas*, não propriamente as categorias, ficam conseqüentes da lei. As categorias, por sua vez, passam a representar serviços e finalidades públicas, nominando os serviços e particularizando as espécies contratuais, oferecendo à Administração *variantes* conforme o interesse público a satisfazer.

À maneira do que está na doutrina comparada, as categorias que pertencem a todos os regimes administrativos, no Brasil, possuem idênticas formulações práticas. Devem, por isso, ser estudadas cada uma de per si ou em destaque, conforme se qualifiquem na atividade peculiar da Administração estatal.

23. No Código de Contabilidade Pública, dispõe o art. 766: "Os contratos administrativos se regulam pelos mesmos princípios gerais que regem os contratos de direito comum, no que concerne ao acordo de vontades e ao objeto, observadas, porém, quanto à sua estipulação, aprovação e execução, as normas prescritas no presente capítulo". Trata-se, *in casu*, dos meios e formas de ação, em nosso entender, já agora consagrados pelas disposições do Decreto-lei n. 200.

24. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Comentários à reforma administrativa federal*, exegese do Decreto-lei n. 200, São Paulo, 1975, p. 250-9.

Capítulo XVI

SINOPSE DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NO DIREITO BRASILEIRO

Sumário: 125. Princípios reguladores e tradição positiva. 126. O Decreto n. 4.536, de 1922. 127. O Decreto n. 15.783, de 1922. 128. Poderes, compromissos e cláusulas. 129. O Decreto-lei n. 200, de 1967. 130. Condições no processo formativo e habilitação. 131. O Decreto n. 73.140, de 1973. 132. Regime de execução e obrigações decorrentes. 133. Direito, justiça e moral.

125. PRINCIPIOS REGULADORES E TRADIÇÃO POSITIVA

A tradição positiva, no Brasil, de conhecimento dos contratos administrativos, veio um pouco tarde inspirada pelo Código e Regulamento de Contabilidade Pública¹, sistematizando e facilitando o entendimento da figura contratual nas áreas administrativas.

Em linhas gerais, os princípios reguladores, obrigatórios nas relações públicas, tornaram-se estáveis após sistematizados, ordenados quanto ao comportamento da Administração e disciplinados por normas de caráter procedimental exatamente capituladas².

Na base dos princípios reguladores das contratações administrativas jamais vigorou o arbítrio ou a discricção, mas a *concorrência pública* como o processo normal mais adequado à realização de obras e serviços de qualquer espécie ou natureza³.

1. Na dimensão da figura jurídica, tal como atualmente é conhecida a figura do contrato administrativo, não ficou ela estudada no Direito Público do Império. Tanto o Visconde de Uruguai como Antonio Joaquim Ribas não tocaram no assunto nos seus compêndios. A dependência, doutrinária e legislativa, estava com o Direito Privado. Os tratadistas, que depois surgiram, mantiveram a mesma orientação. Fora posições esparsas, de pouca importância conjuntural no regime, as colocações jurídicas ficaram aquelas presentes nos documentos de 1922, o Código de Contabilidade e seu Regulamento.

2. Decreto n. 4.536, de 28 de janeiro de 1922, art. 54, que "organizou o Código de Contabilidade da União".

3. Decreto n. 4.536, art. 50.

No Direito brasileiro, embora surtisses métodos aperfeiçoados, no conteúdo, os princípios reguladores não se alteraram com o tempo, apenas tomaram *formas* capazes de, com maior objetividade, atender às variantes nas *modalidades* peculiares dos serviços necessários ⁴.

Nas legislações, de ontem e de hoje, o que se observa é o comprometimento da Administração com as relações pactuadas e a submissão nas relações às obrigações contraídas. Um acordo entre partes, gerando efeitos quando prenes de validade jurídica.

A questão de validade, envolvendo a legitimidade, ao mesmo tempo que condiciona relações valoriza as obrigações, oferecendo aos pactos consensuais eficácia na finalidade esperada. De certa maneira, é a própria Administração que fica autodisciplinada.

126. O DECRETO N. 4.536, DE 1922

Analizando, em termos práticos, uma lei cinquentenária, a conclusão é uma só: a de que a Administração ficava sujeita às *formalidades* nas relações e obrigações para a indispensável *validade* jurídica, ou que às contratações antecederiam processos regulares devidamente instrumentados ⁵.

Impunha-se à Administração, para a efetivação de relações contratuais, os pressupostos da validade e da legalidade. A lisura, no comportamento administrativo, traduzia uma imperativa condição legal explícita. Não chegava o interesse público ou a finalidade de serviço para a conclusão dos acordos com particulares.

4. Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, art. 125. Buscar: Celso Antonio Bandeira de Mello, O contrato administrativo no direito brasileiro, in *Elementos de direito administrativo*, São Paulo, 1980, p. 141-5.

5. Para a validade dos contratos administrativos, serão necessárias as seguintes formalidades: a) que sejam celebrados por autoridade competente para empenhar despesa, em virtude de lei ou delegação, observadas as condições desta; b) que sejam realizados para a execução de serviços autorizados na lei e dentro do quantitativo e duração dos créditos, à conta dos quais deve correr a despesa; c) a citação expressa, em suas cláusulas, da lei que os autoriza e a verba ou crédito por onde deve correr; d) que nele se faça a indicação minuciosa e específica dos serviços a se realizarem e dos objetos a serem fornecidos e os respectivos preços; e) que guardem conformidade com as propostas preferidas; f) que, nos contratos, em que sejam estipulados preços em moeda estrangeira, se declare a data ou taxa de câmbio para a conversão, de acordo com a condição que houver sido fixada no edital de concorrência; g) que sejam lavrados nas repartições às quais interesse o serviço ou nos Ministérios, salvo nos casos em que, por lei, devam ser lavrados por tabelião, e traduzidos legalmente em vernáculo, se lavrados em língua estrangeira; h) que respeitem as disposições do direito comum e da legislação fiscal; i) que sejam registrados pelo Tribunal de Contas. Art. 55. Nos atos de prorrogação, suspensão ou rescisão dos contratos, deverão ser respeitadas todas as formalidades exigidas para a legalidade dos mesmos, inclusive registro pelo Tribunal de Contas.

Dois pontos merecem relevo:

- o da concorrência precedendo os contratos;
- o da tomada de contas pela execução dos contratos.

Não bastava o simples *querer administrativo*, a vontade da Administração fazer ou realizar. O importante, na consecução do interesse público, dependia das normas e estipulações consideradas essenciais nas operações das *formalidades* constitutivas de processo, dos rigores na aplicação correta dos pressupostos legais.

127. O DECRETO N. 15.783, DE 1922

O diploma aprovatório do regulamento para a execução do Código de Contabilidade Pública, não obstante dar continuidade aos princípios gerais consagrados, dimensiona as contratações administrativas e limita a Administração ao dever de agir dentro dos normais procedimentos recomendados ⁶.

Na verdade, o segundo diploma de 1922 busca com minúcias a instrumentação dos acordos contratuais públicos, firmando normas gerais, estipulações pertinentes, não esquecendo os motivos de aprovação, nem as medidas que, para cada tipo de serviço, devem ser estabelecidas ⁷.

Entre as normas gerais, estas são as mais importantes, porque ainda atuais:

— “São providos mediante contrato todos os fornecimentos, transportes, aquisições, alienações, aluguéis ou serviços relativos aos diversos departamentos da Administração Pública”;

— “Todos os contratos de que resultem receitas ou despesas para o Estado devem ser precedidos de concorrência pública ou administrativa segundo as normas estabelecidas, exceto nos casos indicados em leis especiais”;

— “Os contratos administrativos regulam-se pelos mesmos princípios gerais que regem os contratos de direito comum, no que concerne ao acordo de vontades e ao objeto, observadas, porém, quanto à sua estipulação, aprovação e execução, as normas prescritas” ⁸.

Duas colocações, entretanto, exigem lembrança: aquela que manda respeitar as disposições do direito comum e a outra que não permite con-

6. Decreto n. 15.783, de 8 de novembro de 1922, aprovando o Regulamento para a execução do Código de Contabilidade Pública e que teve também sanção da Lei n. 4.632, de 6 de janeiro de 1923, assim o fazendo no art. 162.

7. Do art. 764 ao 772, estabelecem-se as normas gerais; do art. 773 ao 783, as estipulações contratuais; do art. 784 ao 794, o que é preciso para a aprovação; do art. 795 ao 802, os modos executórios na execução.

8. Arts. 764 a 766 do Regulamento baixado com o Decreto n. 15.783/22.

tratações sem processos públicos concorrenciais. Aliás, no tocante às concorrências, as exigências traduzem prescrições imperativas só excepcionalmente não atendíveis.

128. PODERES, COMPROMISSOS E CLÁUSULAS

Não há novidade que, nas contratações públicas, a concorrência constitua regime de tônica universal. Sejam elas externas ou internas, propriamente *públicas* ou simplesmente administrativas⁹. Decorre o regime de circunstâncias bastante conhecidas, entre elas a igualdade das partes e a moralidade no comportamento da Administração.

Merece atenção, no Brasil, o fato previsto da Administração se reservar ao direito de anulação, “devido à condição técnica e às qualidades de idoneidade dos projetos examinados e apreciados previamente antes de abertas as propostas”¹⁰.

Uma determinante, na organização estatal, dos procedimentos concorrenciais é a da competência para a conclusão dos contratos, podendo contraí-los o Legislativo e o Judiciário, correspondendo ao Executivo os compromissos administrativos, ficando considerados *compromissos contratuais* os derivados dos contratos perfeitos e acabados¹¹.

Os contratos *perfeitos* seriam aqueles “nos quais todos os elementos de contrato são fixados, tanto em relação ao objeto como ao prazo, quantidade, preço e demais condições necessárias à sua integral execução, pela soma previamente determinada, quer o cumprimento das obrigações estipuladas se verifique de uma só vez, quer parceladamente”¹².

Não obstante um contrato administrativo hoje valer nas relações pelas obrigações assumidas, os diplomas de 1922 distinguiram as cláusulas entre

9. Convém notar nos diplomas de 1922 um destaque: a separação entre concorrências propriamente ditas e concorrências administrativas ou permanentes. Pelo art. 738, § 2.º, terá lugar a concorrência administrativa, ou permanente: *a)* para os fornecimentos ordinários às repartições públicas, sempre que a administração entender mais conveniente esse regime aos interesses do serviço; *b)* para os casos de emergência; *c)* para a venda de resíduos ou miudezas de diminuta importância; *d)* para os fornecimentos ou obras públicas aquém dos limites fixados.

10. A referência pertence a Jacobo Wainer que fez ao tempo um estudo de síntese da problemática no Brasil (v. *Contratos administrativos*, Buenos Aires, 1939, p. 83-8).

11. Código de Contabilidade, art. 229.

12. José Mattos de Vasconcellos, *Direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1937, v. 2, p. 209.

essenciais e acessórias, conforme a doutrina corrente¹³. No melhor entender, tal distinção não mais procede, pois atinge a contratação na sua unidade substancial.

129. O DECRETO-LEI N. 200, DE 1967

Pelo diploma de 1967 consolidaram-se as premissas, as regras e as finalidades públicas nas contratações administrativas. De amplo caráter nacional, como ordenamento orgânico de natureza federal, em matéria de contratos públicos alcançou Estados federados e Municípios¹⁴, estendendo suas normas às licitações previstas no Decreto-lei n. 200.

Numa análise de síntese, procurou-se disciplinar todos os tipos de relações bilaterais em que intervesse a Administração, todas as classes de processos com observância do princípio da licitação, ficando a dispensa excepcionalizada por meio de casos exatamente capitulados¹⁵.

Dando conteúdo legal, o legislador de 1967 classificou os procedimentos ou processos licitatórios, qualificando e definindo as modalidades de licitação, estabelecendo critérios de fácil ajustamento na formação e conclusão dos contratos administrativos.

Estabeleceu, assim, como *modalidades*:

- a concorrência;
- a tomada de preços;
- o convite¹⁶.

No tocante aos processos, “nas concorrências haverá, obrigatoriamente, uma fase inicial de habilitação preliminar destinada a comprovar a plena

13. Há aqui uma contradição a ser denunciada. Pelo art. 775, § 1.º, são *essenciais* as cláusulas que não podem ser omitidas. Certo. E *acessórias*, em virtude do § 2.º, as reguladoras das condições à integral execução dos contratos. Incorreto. Perfeito o contrato, a execução é a prevista no acordo diante da finalidade da obra ou do serviço a ser prestado ou concluído.

14. Lei n. 5.456, de 20 de junho de 1968, dispondo sobre a aplicação aos Estados e Municípios das normas relativas às licitações previstas no Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a organização da administração federal, estabelece diretrizes para a reforma administrativa e dá outras providências.

15. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Comentários à reforma administrativa federal*, exegese do Decreto-lei n. 200, São Paulo, 1975, p. 250-55.

16. Art. 127, § 1.º “Concorrência é a modalidade de licitação a que deve recorrer a Administração nos casos de compras, obras ou serviços de vulto, em que se admite a participação de qualquer licitante através de convocação da maior amplitude”; § 3.º “Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados previamente registrados, observada a necessária habilitação”; § 4.º “Convite é a modalidade de licitação entre interessados no ramo pertinente ao objeto da licitação, em número mínimo de três, escolhidos pela unidade administrativa, registrados ou não, e convocados por escrito com antecedência mínima de três dias úteis”.

qualificação dos interessados para realização do fornecimento ou execução da obra ou serviço programados”¹⁷.

Num sentido geral, de apreciação jurídica, tudo ficou *licitação*. São as peculiaridades que definem as três diferentes modalidades¹⁸. Só a partir daí forma-se o contrato administrativo, estabelecem-se os vínculos relacionais e as obrigações atuais ou conseqüentes.

130. CONDIÇÕES NO PROCESSO FORMATIVO E HABILITAÇÃO

As condições legais, no processo formativo de contrato e de habilitação como manifestação da vontade do particular, decorrem necessariamente do chamamento dos interessados por meio de edital nas concorrências, da tomada de preços ou do convite.

O edital “é o ponto de partida da licitação e do contrato, o instrumento legítimo por intermédio do qual a Administração leva ao conhecimento público a abertura da concorrência, fixando as condições de sua realização e convocando os interessados para apresentação de suas propostas”¹⁹.

Na tomada de preços, a exigência cadastral pressupõe idoneidade financeira e capacidade para cumprimento dos compromissos a serem assumidos. Resguarda, no interesse da Administração, a exação no comportamento de quem responda por órgãos ou unidades administrativas²⁰.

O convite, maneira simples de buscar a participação do particular, reduz a área de ação administrativa ao objeto da licitação. Realiza-se mediante convocação dos interessados por meio de documento escrito, devidamente formalizado nos propósitos públicos. Supõe capacidade e qualificações para o atendimento²¹.

17. Decreto-lei n. 200, art. 127, § 2.º.

18. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Comentários*, cit., p. 260.

19. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Comentários*, cit., p. 266.

20. Decreto-lei n. 200, art. 128. “Para a realização de tomada de preços, as unidades administrativas manterão registros cadastrais de habilitação de firmas, periodicamente atualizados e consoantes com as qualificações específicas estabelecidas em função da natureza e vulto dos fornecimentos, obras ou serviços; § 1.º Serão fornecidos certificados de registro aos interessados inscritos; § 2.º As unidades administrativas que incidentalmente não disponham de registro cadastral poderão socorrer-se do de outra.”

21. “Na própria lei se encontram as definições de pensamento jurídico. Na tomada de preços a licitação só pode se legitimar entre interessados previamente cadastrados, observada a necessária habilitação. No convite, a escolha pertence à Administração, é uma faculdade regulada através da qual são convocados os interessados, quer estejam ou não registrados” (v. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Comentários*, cit., p. 261).

O problema da habilitação também, sem dúvida, é uma condição estritamente legal²². Exige, para que se complete, personalidade jurídica dos interessados, capacidade técnica e idoneidade financeira. Não basta, para a Administração, diante da lei, um só dos requisitos, porque a habilitação constitui uma *unidade*.

131. O DECRETO N. 73.140, DE 1973

O diploma em epígrafe, baixado conforme o disposto constitucional e o Decreto-lei n. 200, regulamentando “as licitações e os contratos relativos a obras e serviços de engenharia”, constitui peça instrumental altamente importante no direito positivo público brasileiro²³.

Rigorosamente detalhado, o Decreto n. 73.140 generaliza e particulariza regras num mesmo sistema básico de princípios, estabelecendo precisas normas procedimentais:

- quanto às modalidades de licitação;
- com respeito aos atos convocatórios;
- no tocante à habilitação;
- dizendo do processamento e julgamento;
- sobre os recursos possíveis de serem interpostos;
- em final da contratação a ser formalizada²⁴.

Observam-se, no Decreto de 1973, regras, princípios e normas que, na unidade substancial, dentro da orientação do Decreto-lei n. 200, dão natureza jurídica própria ao processo licitatório, submetendo a Administração e vinculando os interessados particulares.

Ao tratar da *contratação*, formaliza explicitando termos e regimes, as penalidades e a responsabilidade das partes, a possibilidade de cessão e a subcontratação, o direito de retenção sobre a obra ou serviço e a exceção de inadimplemento interrompendo unilateralmente as relações²⁵.

Ponto de relevo é o que faz referência direta à responsabilidade civil, penal e administrativa dos agentes do Poder Público que, por ação ou omissão, contrariarem o regime legal das licitações e dos contratos, fixando sanções conforme a gravidade das infrações, os danos causados e a posição hierárquica do responsável.

22. “Habilitação e direito de licitar são valores que se agregam ao ato de inscrição no início do procedimento licitatório” (v. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Comentários*, cit., p. 269).

23. Merece referência, e também estudo, no Direito brasileiro, a Lei Paulista n. 10.395, de 17 de dezembro de 1970, disciplinando o processo licitatório e regulando as contratações administrativas.

24. Arts. 10, 11, 13, 24, 41 e 49.

25. Tít. III, Cap. I, arts. 50 a 60.

132. REGIME DE EXECUÇÃO E OBRIGAÇÕES DECORRENTES

No Direito brasileiro, do regime de execução, devem necessariamente decorrer as obrigações, as relações contratuais em razão das *obrigações* assumidas por uma ou outra parte. Não há como discutir, após formalizada a contratação, cláusulas aceitas mediante consenso entre vontades, a lei e o processo regular.

Todavia, firmadas as relações, no tocante às obrigações, o legislador de 1967, uma vez aberta a licitação, posicionou condições algo imprecisas, como:

— a do contrato bilateral, obrigatório nos casos de concorrência e facultativo nos demais casos, a critério da autoridade administrativa;

— a da prestação facultativa quanto à exigência de garantias não obstante recomende a caução, a fiança bancária e o seguro-garantia²⁶.

Ao prever penalidades, a lei volta às condições previstas na licitação, facultando à “autoridade, imediatamente superior àquela que proceder a licitação, anulá-la por sua própria iniciativa”²⁷. Nesta passagem falham as técnicas quebrando um sistema de tônica universal.

Terminada a licitação e julgada para efeitos de contratação, recursos anulatórios não prosperando, nem irregularidades nos trâmites previstos, a não ser em nome do interesse público, não se pode conhecer alterações imprevistas de comportamento administrativo. Quanto às relações normais fazem-se assecuratórias de direitos.

133. DIREITO, JUSTIÇA E MORAL

Na verdade, a lisura legal, na conduta da administração, compromete *contratualmente* o poder público pelas relações, nas obrigações e direitos. Envolvendo, no conteúdo da atividade, afinidades com o direito, com a justiça e com a moral²⁸.

No Brasil, toda uma legislação sincroniza a ordem jurídica com os *atos* de ordem pública. Não se leve, portanto, o problema dos contratos

26. Há um equívoco, na lei, no Decreto-lei n. 200, ao falar de contrato bilateral, não distinguindo o ato bilateral do contrato propriamente dito. V. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Comentários*, cit., p. 272-3.

27. O contido no art. 136 e incisos seria de contrato e não mais de licitação. Aqui, o Decreto-lei n. 200 provocou lamentáveis equívocos, inclusive das penalidades que deveriam surgir das infrações na execução. Já o art. 137 prevê recursos em qualquer fase da licitação. Correto. E o art. 138 confere uma faculdade discricionária. Incorreto. Quanto à anulabilidade da licitação, é um problema de processo, não de simples vontade administrativa.

28. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *O ato administrativo no contrato com a administração, A moralidade legal no ato-contrato administrativo*, in *O controle da moralidade administrativa*, São Paulo, 1974, p. 123-51.

administrativos para a área das prerrogativas estatais porque ele é legislado, material, concreto e consensual²⁹.

A formalização do contrato determinada na legislação específica não pressupõe discricionariedade e não pode ser usada “de acordo com as circunstâncias ou conveniências do gestor”, ou seja, “acarretando a insegurança dos fatos jurídicos”³⁰.

Tomada a execução ou a prestação como a fase na qual o interesse público se materializa, em tese, no Direito brasileiro, o contrato administrativo deve ser cumprido fielmente pelas partes, conforme cláusulas avençadas e normas legais e regulamentares.

A inexecução, devido às implicações dela conseqüentes, dá motivo a outras colocações jurídicas. Provoca, em face das relações e das obrigações, hipóteses promoventes de outras situações a serem examinadas. *Situações* de avaliação nos casos concretos e conforme a natureza da contratação.

29. No Direito brasileiro, também conhecer os permissivos legais e as formas figuradas: Constituição Federal, art. 42, inc. IV, art. 167, inc. I a III; Lei n. 5.456, de 20 de junho de 1968, mandando aplicar aos Estados e Municípios as normas relativas às licitações; Lei n. 5.720, de 26 de outubro de 1971, dispondo sobre licitações e alienação de bens do Distrito Federal; Decreto n. 78.382, de 8 de setembro de 1976, tornando obrigatória a publicação dos contratos administrativos; Decretos-lei n. 185, de 23 de fevereiro de 1967, n. 1.070, de 3 de dezembro de 1968, n. 1.237, de 12 de setembro de 1972, e o Decreto n. 60.407, de 11 de março de 1967, todos dispondo sobre contratos públicos e reajustamento dos preços; Lei n. 4.150, de 21 de novembro de 1962, impondo a observância de normas técnicas nos contratos de obras e serviços de execução direta, concedida, autárquica ou de economia mista, conforme regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas.

30. Francisco José de Souza, *A forma nos contratos administrativos decorrentes de licitações*, Anais do II Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 1976, p. 13.

5.^a PARTE

- **TEORIAS CONSTRUTIVISTAS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**
- **FORMALIZAÇÃO E FORMA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**
- **A PROBLEMÁTICA DAS CLÁUSULAS EXORBITANTES NA ORDEM ADMINISTRATIVA**
- **A IMPORTÂNCIA DAS CLÁUSULAS NA EXECUÇÃO CONTRATUAL**

TEORIAS CONSTRUTIVISTAS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Sumário: 134. Os contratos administrativos como existem. 135. Conceitos que ficaram estáveis. 136. Duguit/Hauriou. 137. Jèze/Laubadère. 138. Zanobini/Gallo. 139. Mayer/Fleiner. 140. Velasco/Bielsa. 141. Outras teorias e teóricos. 142. O contrato no seu arcabouço clássico.

134. OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS COMO EXISTEM

Não interessa mais ao hermenêuta, ou ao estudioso do Direito Administrativo, polemizar sobre dirigismo contratual, sobre crises nas colocações dos contratos públicos, em torno de teorias que não correspondam a realidades no plano das relações e obrigações contratuais. Qualquer contrato administrativo deve ser avaliado como *é*, na sua dimensão jurídica e de efeitos, nas projeções de finalidade.

A título de ilustração, as teorias ou escolas servem para explicar a origem, a formação, a natureza dos contratos administrativos, sobretudo os *regimes* a que estão submetidos. No entanto, embora cada escola ou teoria admita pressupostos básicos ou conceituais, nenhuma delas, por mais complexas que apareçam, exclui o interesse público e a finalidade de serviço, dois valores jurídicos concretos ou materializáveis¹.

Na prática, em face da ordem jurídica positiva e pública, valem somente as teorias que aceitam a existência dos contratos administrativos².

1. Apontamos na evolução do pensamento doutrinário: Léon Duguit e Maurice Hauriou, Gaston Jèze e André de Laubadère, Guido Zanobini e Mario Gallo, Recaredo F. de Velasco e Rafael Bielsa, Miguel Angel Berçaitz e Miguel S. Marínhoff, Jean Rouvière e Cesare Cammeo, todos preocupados com a chamada *teoria da causa*, conceitos gerais e relações jurídico-administrativas. Não raras vezes, o contrato administrativo, tal como pode ser concebido, fica esquecido nas controvérsias, entre teses de Direito Público e Privado, quando o que importa, na obra dos referidos juristas, são as colocações públicas que vão da formação à formalização contratual. Aconteça ser o procedimento administrativo contratualista ou unilateralista, diante das relações e objetivos consuma-se a figura do contrato, principalmente nas relações concluídas *com* e pela Administração.

2. Miguel Angel Berçaitz, Opinión de los autores que aceptan el contrato administrativo, in *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, 1952, p. 158-67.

As demais, quando expostas, não obstante válidas em alguns regimes, contrariam *atos* no Direito, criando incertezas nas relações e insegurança nas obrigações, deixando o Estado ao contratar-se a nível de privilégios ou prerrogativas que ultrapassam a própria lei³.

Sem dúvida, é a natureza das coisas exigindo que, na esfera do Direito Privado, a Administração assumam situações relacionais características que transcendam interesses particulares, isto é, *situações* jurídicas reais que desconcentrem necessidades públicas ou permitam ao Estado realizar nos diferentes planos da organização obras e serviços capazes de satisfazer interesses gerais.

135. CONCEITOS QUE FICARAM ESTÁVEIS

Em face da doutrina cientificamente autorizada no tempo histórico e marcada pelas transformações havidas no Direito Público, o contrato administrativo, além de sofrer mudanças conceituais, deixou de ser um problema jurisprudencial para ser um problema de legislação, de leis ou de capitulados procedimentos legais.

Inúmeras são as normas reguladoras das contratações públicas no Direito Comparado afirmando nos sistemas princípios informadores básicos que harmonizaram a vontade pública com a particular e a natureza do serviço. Em suma: "o contrato administrativo é um contrato público, e, portanto, aquele em que o Estado intervém como parte"⁴.

Valem as teorias, na história das instituições administrativas, pelo que trouxeram de comum e substancial. Ao analista, no entanto, compete analisar aquelas que levantaram as linhas mestras na figura contratual pública, fazendo seguidores e valorizando conceitos que permaneceram estáveis nos regimes. É esta uma tarefa apenas de conhecimento objetivo.

136. DUGUIT/HAURIOU

No sábio entender de Léon Duguit, em seus elementos informadores e formadores, todos os contratos se integram nas mesmas características.

3. O ilustre mestre brasileiro Oswaldo Aranha Bandeira de Mello mantém opinião clara e firme com respeito à inexistência dos contratos administrativos, trazendo à colação argumentos que levam a total discricionariedade administrativa. Contudo, o simples *negar* constitui uma maneira hábil de *afirmar*. Ao que parece, já que o Estado pode contratar-se, mesmo na posição do Prof. Bandeira de Mello, fica provada a existência de relações contratuais (v. *Princípios gerais de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1969, v. 1, p. 56-7).

4. Themístocles Brandão Cavalcanti, Dos contratos administrativos, in *Teoria dos atos administrativos*, São Paulo, 1973, p. 244.

Ressalvada, porém, a questão de competência, nos regimes administrativos, o que os distingue é a finalidade⁵.

Simple na colocação, o mestre de Bordeaux destaca a qualidade das partes sem dar maior importância à relação jurídica, embora valorize o acordo diante da finalidade. Para ele, a constante a verificar nos contratos administrativos é o fim de serviço público que visa realizar⁶.

Já para Maurice Hauriou, mais importa o ato jurídico em procura de um resultado do que as formas puramente contratuais. Submetia as vontades, quando consensualizadas, à instituição como um fato jurídico. O contrato surgindo, então, como um instrumento temporal e a instituição como um fenômeno duradouro na sua preeminência social⁷.

Entretanto, em ambos os teóricos clássicos franceses, ficava claro o sentido de causa e finalidade, sentido este vinculado à vontade no acordo de interesses, muito embora não tivessem analisado a estrutura dos pactos públicos como o fizeram Jèze e Laubadère.

137. JÈZE/LAUBADÈRE

Deve o Direito Administrativo a Gaston Jèze valiosas premissas jurídicas ainda atuais. Foi quem primeiro procurou com precisão temática caracterizar o contrato administrativo, dando-lhe condições e qualificações singulares, natureza capaz de categorizá-lo nos regimes e na espécie jurídica⁸.

Na sua colocação, Jèze sensibilizou-se com respeito a direitos ou deveres das partes, com a força do poder regulamentar da Administração e com a idéia de serviço público⁹. Contudo, admitiu, na conclusão e execução dos acordos, regime administrativo qualificador do contrato e que no regime tenha sido efetivamente consumado.

Discípulo de Jèze na mesma linha doutrinária, André de Laubadère avança nos pressupostos práticos, aceitando as contratações administrativas,

5. *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1921, t. 3, p. 41.

6. A rigor, tirante a competência e a jurisdição, Duguit não estudou os contratos administrativos tal como hoje os conhecemos. Sua preocupação foi com os atos jurídicos, o ato-regra, o ato-condição e o ato-subjetivo. Para ele, o ato-subjetivo, criador de obrigações, realizava contratos.

7. Reconhecia Hauriou a existência de contratos, no fato da Administração prover serviços por meio de terceiros, a fim de satisfazer necessidades públicas. Não se interessou pela relação jurídica e sim pelas formas (v. *Précis de droit administratif*, Paris, 1927, p. 792).

8. V. *Théorie générale des contrats de l'administration*, Les éléments essentiels pour la conclusion des contrats passés par l'administration, in *Les principes généraux de droit administratif*, Paris, 1934, t. 1, p. 7-8.

9. V. *Les principes*, cit., t. 3, p. 16.

mas procurando adentrar distinções que não prejudicam a figura contratual na realidade da expressão jurídica e consoante os diferentes regimes ¹⁰.

Na verdade, não forçando similitudes nos regimes, a escola francesa e de imediato a italiana, determinando no âmbito da Administração categorias de contratos administrativos, permitiram que a doutrina consolidasse posições realísticas de atividade administrativa contratual, não obstante opcionar regras entre as comuns e as jurisprudenciais.

138. ZANOBINI/GALLO

Quando Guido Zanobini reconheceu que a figura do contrato não se faz exclusiva do Direito Privado porque alcança o “Direito Público interno e o Direito Público internacional”, afastou quaisquer dúvidas quanto à existência de relações bilaterais onde a Administração intervém como parte ¹¹.

Condenando as teorias com base na desigualdade jurídica das partes, afirmando que “o problema do contrato de Direito Público não é um problema abstrato senão um problema exclusivo do Direito Positivo”, contribuiu Zanobini decisivamente para posturas que *a priori* contribuíram para desfazer especulações desnecessárias ¹².

A exemplo, também Mario Gallo, apreciando doutrinariamente as posições italianas, com duas situações se preocupa: a da atividade pública administrativa e a das relações jurídicas administrativas. Justapõe as situações dentro de conceitos gerais para chegar nas controvérsias às causas determinadas antes da formalização do ajuste contratual com a Administração ¹³.

10. Procura o mestre de Paris, antes de conceituar o contrato administrativo, formular a sua classificação. Assim, para, no regime francês, clarificar os tipos, separa os administrativos dos *de* administração e os de Direito Privado concluídos pela Administração (*v. La compétence contentieuse n'est pas la même pour les deux catégories, Les règles de fond applicables aux deux types de contrats sont différentes, Diversité des contrats de l'administration, Application aux contrats de l'administration des classifications générales des contrats*, in *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris, 1956, t. 1, p. 8-15). Ver, mais: Laubadère, *Las tendencias extensivas del derecho administrativo en Francia según la jurisprudencia: “Ao lado do domínio do ato unilateral, no domínio do contrato também se manifesta a tendência da jurisprudência francesa de estender o Direito Administrativo. Mas a extensão da noção de contrato administrativo não concerne somente ao critério extraído da presença de cláusulas exorbitantes. A extensão resulta igualmente da conexão deste critério a um segundo critério, atualmente muito importante e muito utilizado, extraído da participação do co-contratante na execução do serviço público”* (trad. esp., *Revista de la Universidad de Buenos Aires*, publicação em homenagem a Rafael Bielsa, Buenos Aires, 1979, p. 183-4).

11. V. *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1947, t. 1, p. 176.

12. Guido Zanobini, *op. cit.*, t. 1, p. 178-80.

13. V. *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, Padova, 1936, p. 15-29.

Para o professor de Gênova, “a causa é o elemento determinante da natureza do negócio público”, ou seja, “o elemento integrador nas relações”. A bem observar, para a eficácia contratual, tudo decorre das razões causais, isto é, de uma “aparente supremacia da vontade do sujeito administrativo na estrutura do contrato”¹⁴.

De plano, ou em tese, os dois administrativistas italianos aceitam a possibilidade jurídica do contrato administrativo, diferente, no entanto, do contrato de Direito Privado, pois, pelo conteúdo e prismas, os valores característicos se integram na finalidade, tal como na hipótese das concessões e obras públicas.

139. MAYER/FLEINER

A escola alemã, aceitando com reservas os contratos administrativos, teorizou princípios algo imprecisos diante da natureza das contratações concluídas pela Administração. Mayer não as considera semelhantes aos contratos de Direito Privado¹⁵. Fleiner condena o sentido civilista que não interessa à dinâmica estatal¹⁶.

Diga-se, algo imprecisos, porque, generalizando conceitos, colocam o Estado acima dos particulares, desigualando as partes na prestação de serviços públicos. Com isso desacreditam da importância das relações, embora reconheçam valor nas obrigações correspondentes. Há como que um hiato entre as relações e as obrigações.

Em verdade, na origem, para os mestres alemães, os contratos de Direito Público não constituem verdadeiros contratos, já que não pressupõem igualdade jurídica das partes. Exteriorizam-se, apenas, em dois atos administrativos, um impondo prestações e outro concedendo vantagens remuneratórias.

Na opinião de Fleiner, só pode haver contrato quando a vontade dos participantes possui influência jurídica igual na relação de direito, uma vez que as relações de Direito Público vêm reguladas de modo unilateral pela Administração. A posição é a mesma de Mayer ao referir-se à vontade pública imposta e à submissão voluntária do particular¹⁷.

14. Mario Gallo, op. cit., p. 73-108.

15. Otto Mayer, *Droit administratif allemand*, trad. franc., Paris, 1903, t. 1, p. 176.

16. Fritz Fleiner, *Droit administratif allemand*, trad. franc., Paris, 1933, p. 132.

17. Há uma coerência doutrinária bastante clara na evolução do pensamento alemão. Não obstante a influência de regimes, tanto Paul Laband como Otto Mayer e Fritz Fleiner, de uma maneira ou de outra, dão existência real aos contratos administrativos. Contudo, o dirigismo contratual na Alemanha sempre teve cunho acen-
tuado. Isto levou a medidas mais amplas de tutela nas decisões executórias. De Laband: *Le droit public de l'empire allemand*, trad. franc., Paris, 1900/4.

Todavia, quando se dá importância às obrigações contratuais, à impossibilidade econômica equiparada à impossibilidade material, não é difícil colocar os teóricos alemães como criadores de teorias construtivistas, pois não mais importa o domínio antecedente do Direito Privado, tendo em conta que as regras nas relações afirmam princípios gerais de direito.

140. VELASCO/BIELSA

Para Velasco, a questão de nome ou terminologia pouco interessa à doutrina. Por contratos administrativos se devem entender “os realizados pela Administração para assegurar o funcionamento de um serviço público e que se regem através de regras especiais distintas das aplicáveis nas relações dos particulares entre si”¹⁸.

No conhecimento do catedrático de Murcia, “a Administração pode ser o sujeito de dois tipos de contratos: contrato privado ou de Direito Civil e contrato público propriamente administrativo ou de Direito Administrativo”¹⁹. A distinção, na lógica jurídica, tem real procedência relativa nos sistemas ou regimes positivos.

Releva registrar, na lição de Velasco, o fim ou a finalidade, determinando “a forma geralmente observada na contratação administrativa”, porque “em razão do fim se condiciona toda sua vida e se dá lugar à sua constante mutabilidade”²⁰, ficando o serviço público como a finalidade essencial do contrato.

Na sua contribuição, Bielsa pondera, por sua vez, que o critério estrito de apego aos princípios civis ou à ortodoxia de alguns juristas fica “insuficiente ou senão inconveniente para resolver questões de índole essencialmente administrativa”²¹. A observação merece destaque sobretudo no exame dos contratos de concessão e obras públicas.

O *quid* da questão, para Bielsa, está em *distinguir* o contrato, os que têm por finalidade serviços²², evitando, com isso, que se mantenham incertezas ou confusões entre o Direito Privado e o Direito Administrativo, e de tal maneira que a finalidade contratual fique exatamente figurada.

18. Recaredo F. de Velasco, *Los contratos administrativos*, Madrid, 1927, p. 28-9.

19. Velasco, op. cit., p. 2.

20. Velasco, op. cit., p. 46.

21. Rafael Bielsa, *Relaciones del código civil con el derecho administrativo*, Buenos Aires, 1923, p. 36.

22. Bielsa, op. cit., p. 37-9. Também: *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1939, t. 1, p. 250-3.

141. OUTRAS TEORIAS E TEORISTAS

Das fontes doutrinárias mais polêmicas, partiram outras tantas teorias e teóricos de mérito na temática dos contratos administrativos. Todas e todos sem exceção explicando situações jurídicas conforme valores avaliáveis nos distintos regimes de direito.

Em França, merecem lembrança as obras especializadas de Jean Rouvière e Georges Péquignot²³. Na Itália, continuam vivas as colocações de Cesare Cammeo²⁴. Na Espanha, o ensaio pioneiro de Sabino A. Gendín²⁵. Com raízes nos regimes *postos*, as contribuições permanecem válidas nos pressupostos fáticos.

Na Argentina, a monografia de Berçaitz e os estudos de Marienhoff marcam momentos importantes na especialização²⁶. No Uruguai, de igual maneira, primeiro Laso e depois Prat afirmaram conceitos estimáveis no plano jurídico nacional e no Direito Comparado²⁷.

No Brasil, a tendência tem sido harmonizar a legislação com a doutrina clássica, na qual a determinação dos critérios corresponde aos regramentos legais²⁸. Não há, porém, no Direito brasileiro, propriamente teorias. Surpreende o analista a dependência do pensamento às escolas estrangeiras que se fazem matrizes das construções jurídicas nacionais.

142. O CONTRATO NO SEU ARCABOUÇO CLÁSSICO

Dentro dos limites propostos pela análise das mutações operadas na concepção dos contratos administrativos, a contribuição dos doutrinadores deve ser apreciada mediante os regimes jurídicos a que estão ligados. Quanto às teorias, nenhuma delas deixa de atender o ato administrativo e os seus rituais, as consequências bilaterais e a relação ato-finalidade pública.

23. V. *Les contrats administratifs*, Paris, 1930; *Théorie généraux du contrat administratif*, Paris, 1945.

24. V. *I contratti della pubblica amministrazione*, Firenze, 1954.

25. V. *Los contratos públicos*, Madrid, 1934.

26. Miguel Angel Berçaitz, *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, 1952; Miguel S. Marienhoff, *Tratado*, Buenos Aires, 1978, v. 3-A.

27. Enrique Sayagues Laso, *La licitación pública*, Montevideo, 1950; Julio A. Prat, *Derecho administrativo*, Montevideo, 1978, t. 3, v. 2.

28. No Brasil, em valiosas contribuições: Hely Lopes Meirelles, J. Cretella Júnior, Mario Masagão, Themístocles Brandão Cavalcanti, Caio Tácito, Tavares de Lyra Filho, Ruy Cirne Lima, Arnaldo Wald, Antonio Marcelo da Silva, Walmar Franke, nos livros e escritos das revistas especializadas. Outros mais em outros períodos: Lino de Moraes Leme, Paulo Carneiro, José Saldanha da Gama e Silva.

Realmente tudo indica a presença de valores comuns e formas categóricas; esquematizações que, na evolução das instituições, apenas receberam a influência dos direitos positivos nacionais, em nada ficando prejudicada a figura do contrato no seu arcabouço clássico, ou seja, na síntese das vontades declaradas e aqui ajustadas para fins públicos.

A verificação das poucas divergências na ordem jurídica, das controvérsias no campo da aplicabilidade dos contratos administrativos não alcança os enfoques que sustentam as situações jurídicas ou factuais, isto é, não é de monta a desnaturar as contratações públicas nos seus aspectos básicos fundamentais ²⁹.

A ordem das relações contratuais aparece tão-somente alterada em termos de regime e da manutenção de princípios ou regras procedimentais. Apesar da tônica das idéias aparentemente diversificarem conotações jurídicas, não quer dizer que no domínio das idéias as teorias e as escolas não tenham os mesmos objetivos administrativos.

Que importam, porém, teorias ou discriminações doutrinárias? Importam, sem dúvida, para uma avaliação concreta das transformações sofridas pelos contratos nas áreas de atividade pública. O essencial é reconhecer que o contrato administrativo perfaz uma realidade iniludível no vasto mundo universal das relações jurídicas.

29. "Advirta-se que, dentro dos atos realizados no exercício da função administrativa e que produzem efeitos jurídicos, existe uma diferença de regime entre aqueles que se realizam de comum acordo entre a Administração e outro sujeito de direito, para reger direitos e deveres comuns e as manifestações meramente unilaterais da Administração, que ela realiza por sua conta e por sua vontade somente. Os primeiros recebem geralmente a denominação de *contratos administrativos* e possuem um regime próprio diferenciado e bastante autônomo: ante tal circunstância cabe perguntar se não é mais conveniente evitar a duplicação dos termos, posto que estes últimos têm uma característica própria e específica e uma denominação corrente e também específica, conceituando-os e caracterizando-os independentemente dos atos unilaterais" (v. Agustín A. Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1974, t. 1, p. VIII-10 e 11).

FORMALIZAÇÃO E FORMA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Sumário: 143. Valorização dos conceitos dominantes. 144. Formalização e nominação. 145. Formalização e forma. 146. Forma e manifestação objetiva. 147. As formas na medida da lei. 148. Forma e conteúdo contratual. 149. A forma, requisito essencial. 150. Na forma os elementos e requisitos.

143. VALORIZAÇÃO DOS CONCEITOS DOMINANTES

Do exame dos atos administrativos e por conseqüência de lógica jurídica também dos contratos administrativos, três *advertências* pelo menos continuam válidas para o entendimento da problemática em face das transformações ocorridas no Direito Público:

- “estudar os princípios gerais, as instituições e seu fundamento, a *ratio juris* nos sistemas e as principais disposições legais”;
- “repudiar o servilismo a um texto ou a um autor”;
- “preferir os conceitos dominantes, as noções gerais, os princípios necessários e úteis, os elementos que são por si mesmos fundamentais”¹.

Evidentemente, só assim, dentro de racional orientação adotada, é possível, num esforço monográfico, traduzir o essencial, valorizando os conceitos dominantes, os elementos fundamentais e os princípios indispensáveis à formalização dos contratos administrativos na eficácia e nos pertinentes efeitos de direito.

144. FORMALIZAÇÃO E NOMINAÇÃO

A questão em torno da formalização nos processos administrativos não é tão complexa como pareça à primeira vista. Entretanto, envolve condições legais que nos regimes caracterizam situações jurídicas concretamente figuradas, *situações* das quais decorrem relações e obrigações.

1. Rafael Bielsa, Prefácio in *Derecho administrativo*, 2. ed., Buenos Aires, 1941, t. 1, p. XIV.

No quadro jurídico-administrativo, a *nominação* é fundamentalmente importante para a formalização processual e contratual, considerando na espécie a natureza das relações, a finalidade e os efeitos jurídicos a serem produzidos. A rigor, havendo um *fim*, não existem contratos sem nome ou inominados².

A nomeação, o nome de batismo do contrato administrativo, não é problema de nomenclatura, doutrinário ou de invenção temática. Reside e toma sentido na finalidade, no interesse público movimentando a Administração, no serviço conforme venha proposto ou adequado às necessidades que exijam formalização jurídica instrumental.

Se os critérios podem aparecer variáveis, eles *variam* diante da natureza do serviço a prestar, dos elementos na formação contratual que qualificam determinativamente a finalidade, ou seja, do que a Administração *formalizando* tem por escopo realizar por intermédio de administrados co-contratantes.

145. FORMALIZAÇÃO E FORMA

A formalização, portanto, vem conseqüente do processo de formação contratual, no qual estão presentes os elementos e as características do tipo de contrato. As *modalidades*, que resultam da formalização, ganham assim figurações totalmente diferenciadas³.

Explicitando, a formalização nasce da motivação (causa) e da finalidade (serviço), ficando abrangente:

- das determinantes ou regras legais;
- da *forma* que dê ao contrato exteriorização compatível com o serviço.

Aliás, formalização e forma fazem valores conexos ou conjugados. A primeira, surgindo do término do processo formativo. A segunda, do momento da convenção julgada válida. Da formalização partem as *formas*,

2. Os exemplos apontados, quer por Marcel Waline, Georges Vedel ou André de Laubadère, constituem meras especulações ociosas. Todos caem no que a doutrina chama de *quase-contratos*, por gerarem fontes obrigacionais nas áreas administrativas. Nem por isso, talvez. Quando o acordo de vontades existe, há para a prestação de serviços uma finalidade adequada a uma outra finalidade mesmo futura. *In casu*: o administrado que recebe do Estado recursos para especializar-se, com o compromisso, logo após terminada a especialização, de servir por determinado lapso de tempo. O acordo, na realidade, anteriormente feito, impõe obrigações e com elas a reciprocidade. Tanto que o não-cumprimento pode se resolver numa ação por danos e prejuízos.

3. J. Cretella Júnior, Modalidades de contratos administrativos, in *Tratado de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1967, v. 3, p. 85-104. Hely Lopes Meirelles, Formalização do contrato administrativo, in *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo, 1978, p. 191-2.

já que por formalização deve se entender a integração dos elementos na exclusiva finalidade.

Terminada a instrução procedimental, a formalização antes do contrato é julgamento no processo normal e regular. Ao apreciar o processo, da formalização surge a *forma*, tão-somente porque a eleição do co-contratante há de corresponder à normalidade jurídica na concorrência entre postulantes.

146. FORMA E MANIFESTAÇÃO OBJETIVA

As regras, nos procedimentos que visam contratações administrativas, estabelecem preceitos obrigatórios que se projetam na formalização, na decisão de adjudicar o serviço e nos instrumentos formais cabíveis para tipos ou categorias contratuais.

Daí por que, pela formalização, o contrato varia conforme o tipo ou categoria⁴. Adquire depois *formas* exteriorizadas ou materializadas que dão ao acordo ajustado condições físicas e objetivas⁵. Em suma: condições de obediência ao pactuado na execução ou prestação.

A importância, envolvendo nos contratos a eficácia e os efeitos jurídicos da formalização e logo mais da *forma*, tem suporte na necessidade de os atos consensuais ficarem expressados de alguma maneira concreta, embora possa haver na escolha dos instrumentos certa liberdade formal⁶.

Na ordem administrativa, tanto para os atos como para os contratos concluídos pela Administração, sem *forma*, não há decisão, nem acordo, não se efetivam relações, nem se consagram obrigações. Pela forma, a vontade das partes manifesta-se objetivamente.

147. AS FORMAS NA MEDIDA DA LEI

Pela forma, após procedimentalmente formalizado, um contrato administrativo ganha textura. Contudo, via de regra geral, a validade das contratações públicas não fica subordinada a condições particulares de

4. Julio A. Prat, Los actos y los contratos administrativos, in *Derecho administrativo*, Montevideo, 1978, v. 2, t. 3, p. 281.

5. "Qualquer meio que logre essa aparência transforma o psíquico em físico, o subjetivo em objetivo, o bom e o eficaz em direito" (v. Recaredo F. de Velasco, *Los contratos administrativos*, Madrid, 1927, p. 105-6).

6. "O Direito Público é essencialmente formal e não pode acolher o ponto de vista contrário predominante no Direito Privado. A decisão, em particular, é um fenômeno psicológico, para a Administração, é já jurídico, ou seja, formal" (v. Recaredo F. de Velasco, op. cit., p. 105).

forma. São livres as formas na medida da lei e conforme não contrariem modalidades obrigatórias⁷.

A *escrita*, nos regimes e sistemas positivos, é a usual em virtude das garantias jurídicas que oferece. O emprego da forma *escrita* nas diferentes modalidades de contrato, a lembrar a dos atos *notariais*, dá às relações autenticidade nos acordos em que as partes assumem capituladas obrigações⁸.

Na verdade, “toda atividade jurídica da Administração Pública é formal, e em matéria contratual com muito maior razão, pois a manifestação de sua vontade deve se fazer de maneira precisa e inequívoca”⁹.

A questão, envolvendo conhecimento e publicação, é puramente instrumental ou documental por excelência, porque, não havendo respeito pelas formas escritas, invalida-se o contrato em face da clandestinidade da atuação administrativa.

A forma escrita é, assim, essencial à existência de todo contrato administrativo. Inclusive porque, nas relações acontecidas, há o problema da função e da competência funcional, a fim de que se consagrem as obrigações contratuais.

148. FORMA E CONTEÚDO CONTRATUAL

Determinado o caráter administrativo e seu regime, a causa-motivação, sendo de índole objetiva, para sua figuração definitiva, exige logicamente formas adequadas¹⁰. Formas que digam com a natureza da atividade relacional administrativa.

A rigor, no entanto, embora tenham os contratos administrativos uma forma instrumental, não importa que o instrumento formal não seja uma escritura pública. Basta que seja “um instrumento público com as solenidades e os requisitos próprios de todo ato administrativo”¹¹.

Não obstante formalizados procedimentalmente, na hipótese de silêncio quanto às formas, “regem os critérios aplicáveis aos atos adminis-

7. André de Laubadère, *La forme des contrats administratifs*, in *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris, 1956, t. 1, p. 239-47.

8. Mestre Laubadère (op. cit., t. 1, p. 245-6) estuda os contratos não escritos e as convenções verbais. No entanto, a colocação não se harmoniza com a natureza dos atos públicos, essencialmente formais, ficando a forma *escrita* como a que oferece efetivas garantias jurídicas.

9. Miguel Angel Berçaitz, *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, 1952, p. 225-7.

10. “Na ausência de normas especiais próprias a estes contratos se tem aplicado os preceitos do Código Civil relativos às solenidades e provas dos contratos de Direito Civil” (v. Rafael Bielsa, op. cit., t. 1, p. 269).

11. Rafael Bielsa, op. cit., t. 1, p. 270.

tivos”, isto é, somente “na falta de texto expresse exigindo uma forma determinada”¹².

Todavia, a forma que pode ser geral, a costumeira nas contratações civis, envolve necessariamente o conteúdo do contrato, a exemplo das concessões, das cessões, das obras públicas, dos fornecimentos, dos mútuos, dos empréstimos públicos e das autorizações.

149. A FORMA, REQUISITO ESSENCIAL

Impõe-se, desde logo, compreender que a forma, vestindo o contrato no aspecto exterior, constitui requisito essencial de conhecimento da contratação concluída. Já dissemos que não é elemento, mas que, da formalização contratual, coloca de imediato as partes em obrigações de realizar na atividade executória¹³.

A forma, nos contratos administrativos, faz também o traço de união entre a intenção pública e a finalidade do serviço, pois, como instrumento hábil, ao mesmo tempo que concretiza a motivação, legitima a posição das partes na sucessividade dos atos executórios, na prestação, nas relações e nas obrigações.

Formalizado o contrato, adquirida a forma escrita mais conveniente, as faculdades administrativas, que detêm a Administração, aparecem nos efeitos e durante a execução contratual. São faculdades que, atendendo o interesse geral, ligam-se à forma do instrumento, creditando ao Estado atuação de controle ou tutela.

150. NA FORMA OS ELEMENTOS E REQUISITOS

A formação da vontade administrativa, realizada seguindo determinados procedimentos, completa-se pela forma que, assim, requisito essencial, “documenta o vínculo contratual”¹⁴. Da formalização, ou seja, da aprovação do acordo nasce a forma que, recebendo potestade sancionadora, impõe às partes limites jurídicos.

Dois princípios sensibilizam as formas contratuais na consumação normal dos contratos administrativos:

- o princípio da legalidade objetiva;
- o princípio do oficialismo.

12. Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1978, t. 3-A, p. 329.

13. Neste livro, 1.^a parte, Cap. III, 21.

14. Enrique Sayagues Laso, *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, 1953, t. 1, p. 547.

O primeiro, impedindo a arbitrariedade entre o que ficou estipulado e a formalização do acordo. O segundo, consequência do primeiro, dando impulso ao ajustado e no interesse público fazendo presente o exato interesse administrativo.

Como nos atos administrativos, nos contratos concluídos pela Administração, a relação de direito projeta-se pela forma e execução do pactuado. A forma, *in casu*, coincide com a execução, com as etapas ou fases executórias¹⁵.

De tudo isto resulta, e de modo bastante claro, que a existência da forma num regime positivo de Direito Público constitui uma soma dos elementos com os requisitos dos contratos administrativos, criadora de situações não tão rígidas quanto as civis, nem tão modificáveis nas relações objetivas.

As formas, já que instrumentais, agasalham regras que exprimem a própria vida do contrato. O problema que a seguir se apresenta resolve-se, na execução e na prestação, pela união das partes com o fim de harmonizar interesses justapostos.

15. A forma do contrato, "tanto quanto o ato administrativo, é sempre formal; as normas que regem as formalidades consubstanciam-se em diplomas geralmente designados como Códigos de Contabilidade Pública e Cadernos de Obrigação. O instrumento será o termo ou a escritura pública; os termos são lavrados em livros especiais das repartições públicas e têm a mesma fé que os assentamentos notariais. Formalidade importante são os registros nos tribunais de contas ou órgãos análogos" (v. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1974, p. 122).

A PROBLEMÁTICA DAS CLÁUSULAS EXORBITANTES NA ORDEM ADMINISTRATIVA

Sumário: 151. Como aparecem as cláusulas exorbitantes. 152. As cláusulas no entendimento das partes. 153. O interesse público dominante nas relações. 154. Exorbitância e faculdades administrativas. 155. Legitimidade e não-poder arbitrário. 156. Condições de validade e prerrogativas de poder. 157. Natureza das cláusulas exorbitantes.

151. COMO APARECEM AS CLÁUSULAS EXORBITANTES

Há uma colocação doutrinária, na problemática das contratações administrativas, que deve ser revista pelo pensamento jurídico mais atual. Trata-se, sem dúvida, das chamadas *cláusulas exorbitantes*; de prerrogativas que a Administração possui para impor condições que exorbitam do direito comum nas relações administrativas.

Na doutrina clássica, tais cláusulas, visando o interesse público, inseridas nos contratos administrativos, davam-lhe tónicas diferentes dos acordos realizados nas esferas do Direito Privado¹. Sugeriam privilégios que desigualavam as partes, reservando para a Administração poderes determinantes da natureza contratual.

Entretanto, o importante consiste em saber onde e quando aparecem as cláusulas exorbitantes do direito comum. Se no momento da formalização contratual ou na oferta dos serviços a prestar. Se fazem condições que antecedem o contrato ou condições que se incluem após o entendimento formal realizado procedimentalmente.

Bem analisando um contrato administrativo perfeito e acabado, sua execução ou prestação fica submetida a “regras particulares”², restando,

1. M. Roger Pinto, *Clauses de droit commun et clauses exorbitantes du droit commun*, in *Cours de droit administratif spécial*, Paris, 1959/60, p. 96-7.

2. Pierre Vigny, *Droit administratif*, Bruxelles, 1953, p. 276.

das relações, direitos e obrigações; uma finalidade a ser cumprida ou perseguida conforme o exatamente estipulado, isto é, conforme o convenicionado entre a Administração e o co-contratante.

152. AS CLÁUSULAS NO ENTENDIMENTO DAS PARTES

O que deve, ou pode, a Administração, em nome do interesse público, é exigir *a mais* do exigível nas relações privadas. Nunca, porém, em circunstância alguma, o poder administrativo é arbitrário. O interesse, mesmo público, não independe do direito e da ordem jurídica. A mutabilidade, nos contratos administrativos, não vai a ponto de anular a convenção primitiva ³.

Em todas as figuras contratuais públicas, o que menos pesa precisamente é a supremacia estatal. As cláusulas, portanto, que excedem do Direito Privado, alcunhadas de exorbitantes, uma vez aceitas pelo particular, inserem-se no pacto, passando a imperativas e comuns na consequente execução das obrigações assumidas ⁴.

Embora o regime administrativo permita certas prerrogativas em favor da Administração, o contrato “provém de um acordo de vontades” com particulares, ficando as prerrogativas “estabelecidas no instrumento ou simplesmente contidas nas funções” a serem exercitadas ⁵.

O que é preciso, no tocante à fixação de cláusulas, é considerar que elas não vêm impostas no instrumento contratual, mas vêm como resultado do entendimento entre partes, *entendimento* que, uma vez consumado, afasta privilégios ou prerrogativas antes exercitadas.

Para análise e execução fica o contrato concluído, passando a inexecução a constituir motivo ou não de interesse público diante de imprevistos que perturbem a normalidade nas relações e o descumprimento das obrigações. As prerrogativas asseguram-se no oferecimento da obra ou serviço.

Na execução ou prestação, as cláusulas qualificam-se por elas próprias, definem obrigações antes acertadas pelas partes, fazem estipulações que apenas categorizam a contratação pública, deixam de ser exorbitantes para serem comuns, nas relações consensualmente formalizadas.

3. Pierre Vigny, *Théorie de la mutabilité des contrats*, in *Droit adm.*, cit., p. 277-8.

4. “O que vale é o *contratado*, ficando tudo o mais prejudicado na formalização última de acordo firmado. Efetivado o contrato, vantagens ou restrições desaparecem diante do aceito, do aprovado e pactuado. Além do Direito Público, o que marca o contrato no regime administrativo é a vontade pública” (v. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Curso de direito administrativo*, São Paulo, 1979, p. 206).

5. Bartolome A. Fiorini, *Los contratos administrativos*, in *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1969, t. 1, p. 415.

153. O INTERESSE PÚBLICO DOMINANTE NAS RELAÇÕES

Dois princípios gerais na ordem jurídica determinam legitimidade no comportamento administrativo:

— o do caráter singular das normas contratuais, dando à Administração faculdades para criar figuras conforme as eventuais necessidades públicas;

— o de regime próprio, significando presença de prerrogativas da Administração para realizar contratos com disposições que derrogam as dispostas pelo Direito Privado.

Acontece que tanto as prerrogativas como os privilégios estatais, nas contratações administrativas, traduzem conceitos jurídicos relacionados com certas cláusulas atribuídas à Administração, a fim de fazerem dominante o interesse público nas relações.

A presença do interesse público na finalidade “é que cria o regime contratual administrativo, não a existência de cláusulas exorbitantes”, que são a consequência daquele, já que a exorbitância dimana do interesse que a Administração deve satisfazer ⁶.

Evidente que não há contrato, nem ajustamento de obrigações, nem também relações jurídicas, sem que haja cláusulas capituladas, *prescrições* regradas estipulando condições constitutivas da espécie contratual instrumentada para o alcance da finalidade.

As exigências, fundadas no interesse público, possuem motivações factuais, podem impor ou não cláusulas estranhas ao direito comum, como podem não impor conforme seja a natureza do ajuste nas esperadas consequências de serviço.

154. EXORBITÂNCIA E FACULDADES ADMINISTRATIVAS

Na verdade, o critério de conhecimento das cláusulas exorbitantes não é o suficiente para a qualificação dos contratos administrativos. Não é por meio delas, quando impostas por motivações públicas, que um contrato se converte em administrativo.

Inusitadas no Direito Privado, ou possivelmente existentes no Direito Público, não obstante posições doutrinárias locadas no interesse geral, tais cláusulas jamais podem determinar a natureza jurídica dos contratos realizados pela Administração ⁷.

6. Bartolome A. Fiorini, op. cit., t. 1, p. 419-20.

7. Inclusive na doutrina francesa não há identidade nas posições. Consultem-se: Georges Vedel, *Droit administratif*, Paris, 1961, p. 643; Jean Rivero, *Droit administratif*, Paris, 1968, p. 102; André de Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris, 1956, t. 1, p. 91-3; Francis Paul Benoit, *Le droit administratif français*, Paris, 1968, p. 598.

Poder-se-á, na doutrina, chamar de *exorbitantes* aquelas cláusulas impostas em favor da Administração, no sentido de permitir modificações unilaterais nos contratos em execução? Pertencem elas à natureza do contrato ou não?

Evidentemente, a exorbitância pode ficar contida nas faculdades que se atribuem à Administração, com respeito ao interesse público e no tocante à finalidade dos serviços⁸. Contudo, a inserção delas faz problema consensual no acordo contratual. Nada mais.

Quanto às prerrogativas da Administração, ficam exauridas no momento da formalização contratual ou da adjudicação do serviço. Passa a existir o contrato simplesmente, já que o particular aceitou as condições oferecidas, prometeu cumprir mesmo sob riscos as estipulações.

Não há mais razão, portanto, depois de impostas as obrigações, fora da finalidade específica, querer definir um contrato pelas suas cláusulas. Não passam as cláusulas exorbitantes de medidas cautelares manifestadas no interesse público para a satisfação de necessidades públicas.

155. LEGITIMIDADE E NÃO-PODER ARBITRÁRIO

Implícitas ou explícitas, as cláusulas exorbitantes, quando insertas nos contratos administrativos, não desigualam as partes porque, embora visando prerrogativas, constituem-se no conteúdo do próprio pacto pela oferta e recebimento do serviço, do ajuste formalizado, estabelecendo relações e obrigações conseqüentes⁹.

Tanto um contrato administrativo deve ser cumprido na extensão das relações e das respectivas obrigações, que “é a variação do interesse público que autoriza a alteração do contrato e até mesmo a sua extinção, nos casos extremos, em que a sua execução se torna inútil ou prejudicial à comunidade, ainda que sem culpa do contratante”¹⁰.

8. Manuel Maria Diez, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1965, t. 1, p. 447.

9. “A cláusula exorbitante não seria lícita num contrato privado porque desigualaria as partes na execução do avençado, mas é absolutamente válida no contrato administrativo, desde que decorrente da lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa, porque visa a estabelecer uma prerrogativa em favor de uma das partes para o perfeito atendimento do interesse público, que se sobrepõe sempre aos interesses particulares” (v. Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo, 1978, p. 187). Todavia, não qualificam nem caracterizam o contrato administrativo, não lhe dando a marca de Direito Público (v. André de Laubadère, *Traité*, cit., Paris, 1956, t. 1, p. 85). Dois pontos, como estudamos, merecem destaque na qualificação: a) da participação das partes; b) da finalidade do serviço.

10. “O direito deste é restrito à composição dos prejuízos que a alteração ou a rescisão unilateral do ajuste lhe acarretar” (v. Hely Lopes Meirelles, op. cit., p. 187). Basta a reparação dos prejuízos para envolver a Administração em responsabilidade. Daí por que o contrato, uma vez formalizado, faz lei entre as partes.

Na realidade contratual, mesmo em face da variação do interesse público, não havendo inadimplência do co-contratante particular, a Administração só pode apreciar a finalidade no contrato e os modos de execução, prevenindo interesses que são de ordem pública ou cautelando meios que asseguram a continuidade dos serviços.

A simples possibilidade de alteração ou rescisão unilateral dos contratos administrativos não transforma a Administração em poder arbitrário, nem dá a ela legitimidade para descumprir cláusulas sem motivação. O importante, na relação jurídica contratual, reside precisamente nas estipulações marcadas de consensualidade.

A ordem administrativa, como a ordem jurídica positiva, nas suas projeções, nivela situações objetivas e subjetivas. O arbítrio, portanto, encontra limite na legitimidade. Em se tratando de contratos públicos, o encontro formal de vontades, validando acordos, só não supera causas determinantes imprevistas.

156. CONDIÇÕES DE VALIDADE E PRERROGATIVAS DE PODER

Bastam as condições de validade dos contratos administrativos para colocá-los no mundo do Direito¹¹. Tudo o mais decorre do conteúdo do acordo, dos modos de conclusão dos ajustes, da elaboração das cláusulas e do “princípio de liberdade aplicado aos contratos administrativos como aos contratos civis”¹².

A rigor, nos contratos administrativos, “a inclusão de cláusulas, que, nos contratos de Direito Privado, são inusadas ou ilícitas, pode nos *administrativos* reconhecer *prerrogativas de poder*”, sem contudo desmerecerem relações e obrigações formalmente consumadas¹³, ou seja, a vigência no acordo de regras compulsórias.

Está claro que a Administração, ao procurar se contratar, usa e pode usar de prerrogativas que lhe são próprias, ou, então, possa “submeter o co-contratante a obrigações ou sujeições que seriam anormais num contrato de Direito Privado”¹⁴. Nada há demais diante da relação jurídica depois estabelecida.

A questão que se equaciona no acordo entre as partes e antes das vontades devidamente formalizadas perde substância de valor jurídico uma

11. André de Laubadère, Les conditions de validité des contrats administratifs, in *Traité*, cit., Paris, 1956, t. 1, p. 199-239.

12. André de Laubadère, Liberté d'élaboration des clauses des contrats administratifs, in *Traité*, cit., t. 1, p. 347.

13. Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1978, t. 3-A, p. 77-8.

14. Georges Péquignot, *Théorie générale du contrat administratif*, Paris, 1945, p. 171.

vez ultimada a contratação, passando as ditas cláusulas, nascidas das prerrogativas de poder, a representarem relações jurídicas nas obrigações instrumentalmente ajustadas.

157. NATUREZA DAS CLÁUSULAS EXORBITANTES

Ao incluir cláusulas distintas das comuns a Administração nada mais faz, *a priori*, na oferta do serviço, que atender o interesse público e *uma* finalidade a alcançar na normalidade das relações e na reciprocidade das obrigações assumidas.

Não obstante ser difícil qualquer classificação racional que venha a tipificar cláusulas que exorbitam do direito comum, podem elas ficar distribuídas em dois grupos conforme a natureza que lhes dá caráter imperativo:

— as que a Administração, no oferecimento do serviço, atribui a si mesma direitos sobre os do contratante particular;

— as que a Administração, ao contratar-se, sujeita o contratante particular a obrigações que excedem as normais nos contratos privados.

Quando a doutrina estuda a inclusão de cláusulas que impõem sujeições à margem do Direito Comum Privado, as *sujeições* vêm amparadas pelo interesse público figurado ou pela própria natureza do serviço público a prestar. Assim não fosse, falhava o ajuste na sua própria origem de motivação e causa ¹⁵.

Tanto essa posição é verdadeira “que podem existir contratos administrativos que não contenham entre suas cláusulas nenhuma que seja exorbitante do Direito Privado” ¹⁶. A colaboração do particular, ao participar de contratos com a Administração, é questão de vontade e consensualidade.

Todavia, ausentes dos contratos administrativos, as cláusulas exorbitantes, embora inexistentes na letra dos acordos, podem estar presentes na essência do contratado, conforme o interesse público, a finalidade pública e nos modos procedimentais executórios ou de regular prestação.

Via de regra geral, a inclusão delas nos textos instrumentais faz medidas cautelares sobretudo com respeito à normalidade da execução. Merecem consideração, não em termos absolutos, mas relativos, em razão de a Administração sempre responder na sua atividade pelas necessidades públicas.

15. Consultar na controvérsia: G. Himario, *Las clauscs exorbitants du droit commun dans les contrats administratifs*, Paris, 1933, p. 74-6; Miguel Angel Berçaitz, *Classificación de las cláusulas exorbitantes*, in *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, 1953, p. 197-9.

16. Miguel Angel Berçaitz, *op. cit.*, p. 189.

A IMPORTÂNCIA DAS CLÁUSULAS NA EXECUÇÃO CONTRATUAL

Sumário: 158. Prerrogativas e compromissos ajustados. 159. Cláusulas e obrigações contratuais. 160. As cláusulas na unidade do contrato. 161. Cláusulas e relações jurídicas. 162. Cláusulas, poderes e faculdades. 163. As cláusulas nos objetivos contratuais. 164. As cláusulas comandam a execução.

158. PRERROGATIVAS E COMPROMISSOS AJUSTADOS

Um contrato administrativo, feito e pronto para realizar-se na execução, logicamente, na sua estrutura integra estipulações, regras de conduta entre as partes chamadas *cláusulas*, normas que nas relações firmadas vinculam direitos e obrigações¹.

As chamadas *cláusulas*, regras de conduta e normas de relação, fazendo regime próprio contratual ou categorizado, decorrem da lei, do interesse público e da necessidade de satisfazer serviços gerais, considerando:

— em princípio as prerrogativas da Administração em matéria peculiar de fins administrativos;

— em consequência os compromissos ajustados criadores de situações jurídicas consensuais.

Há, portanto, bem observando, condições inalienáveis que envolvem a Administração e o particular contratante. *Condições* que, fundadas em

1. “Embora a Administração, ao contratar, esteja em posição privilegiada em relação ao particular contratante, tal posição é relativa, não chegando a ponto de permitir-lhe alterar, a seu talante, as cláusulas convencionadas, o que traria como consequência imediata, no plano técnico-jurídico, um desequilíbrio na teoria do contrato administrativo, ao mesmo tempo que afastava para sempre os possíveis contratantes, cientes de que estariam à mercê do arbitrário administrativo, caso celebrassem qualquer acordo com as coletividades públicas” (v. J. Cretella Júnior, *Contratos administrativos*, in *Tratado de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1967, v. 3, p. 53).

manifestações voluntárias, ficam submetidas ou resultam de vínculos antes dependentes do consenso das partes e depois de limites precisos quanto às relações e no tocante à execução.

159. CLÁUSULAS E OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS

Nas cláusulas tem o contrato administrativo sua unidade e seu regime na categoria. Coberto de validade, legitimado nas relações, completo nos elementos e requisitos, as obrigações adquirem substantividade jurídica, caráter que coloca o contrato, após formalizado, sob a proteção do direito positivo.

Nas relações, as cláusulas, tal como estão escritas, valem por obrigações. Já, aqui, a vontade administrativa deve atuar conforme os procedimentos estabelecidos. O problema fica de execução, de cumprimento estrito da finalidade, de regras “que variam em razão do grau de participação do contratante na execução do serviço”².

Tudo num contrato administrativo depende exclusivamente das estipulações consagradas, das cláusulas que se transformam em obrigações para as partes, tendo em vista nas categorias o já lembrado princípio da liberdade contratual, as disposições legais imperativas e a existência de prescrições obrigatórias³.

A linha de execução e os posteriores procedimentos adequados não escapam do que ficou escrito no contrato. Os acontecimentos imprevistos, acaso ocorram no tempo marcado de cumprimento, são fatos a serem avaliados materialmente em face da anormalidade, afetando a finalidade ou o interesse público.

160. AS CLÁUSULAS NA UNIDADE DO CONTRATO

As cláusulas, umas e outras na unidade do contrato administrativo, não de refletir, para efeito de validade, além da liberdade na vontade de contratar disposições legais expressas, harmônicas com as prescrições ajustadas para consecução de certa finalidade pública.

A equivalência jurídica, que nasce do acordo declarado de vontades e do contrato formalizado, conciliando o predomínio da Administração

2. Enrique Sayagues Laso, *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, 1953, t. 1, p. 568.

3. André de Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris, 1956, t. 1, p. 347.

com a idéia de vínculo relacional condicionante de obrigações, dá às cláusulas, na convenção, valor legal na ordem jurídica, o qual se inclui na esfera do Direito Público e positivo.

Tal não se dando, haveria simplesmente *adesão* e nunca um contrato, tornando insuficiente na prática o pactuado ou o firmado mediante cláusulas evidentemente ilusórias⁴. Cai assim por terra o conceito basilar de inangibilidade que constitui o núcleo essencial do direito contratual⁵.

Sem dúvida, dentro dos critérios formais categorizantes, do interesse público perseguido e da noção de *imperium* favorecendo a Administração, as cláusulas quando acertadas constituem um correto juízo de valor jurídico e de base para o recíproco recebimento de direitos.

Pretender-se, porventura, estudar o contrato administrativo fora dos motivos que orientaram a elaboração das cláusulas é equívoco inaceitável para qualquer trabalho interpretativo ou de pura sistemática jurídica. As cláusulas, sejam quais forem, não excedendo limites legais, fazem a contratação pública.

161. CLÁUSULAS E RELAÇÕES JURÍDICAS

Em que termos se pretende na teoria ou na prática estabelecer a eficácia do contrato administrativo, senão por força das cláusulas, levando em conta a diversidade do interesse público e a permanência dos Direitos Privados? Substancialmente, nas cláusulas, estão as relações jurídicas, não somente as obrigações.

Que se considere público o interesse contido no contrato administrativo que tem como sujeito a Administração é verdade aceita pela doutrina, que jamais negou ao contratante particular direitos conseqüentes da elaboração de cláusulas diretamente ligadas às obrigações contratuais⁶.

4. Jean Rouvière, *À quels signes reconnaître les contrats administratifs*, Paris, 1930, p. 18.

5. Recaredo F. de Velasco, *Los contratos administrativos*, Madrid, 1927, p. 45-50.

6. Não é preciso muito para justificar o caráter público do interesse particular nas contratações administrativas, já que é a pessoa privada que se ativa em nome da Administração para realizar serviços a ela pertinentes. Aqui reside a equivalência das posições jurídicas. Impõe-se, todavia, reforçar uma observação: a de que as partes visam uma mesma finalidade, contraindo na reciprocidade direitos e obrigações. Tanto os direitos, como as obrigações resolvem-se por meio de cláusulas que na verdade comandam as relações contratuais. Admitindo correspondência entre a finalidade visada e o regime jurídico do contrato, este *regime* assenta em cláusulas que identificam o contrato com os procedimentos executórios. Se nos limitarmos a apreciar o contrato administrativo pelo lado da sua estrutura econômica, não será difícil encontrar nas cláusulas combinadas o seu ponto jurídico de maior sensibilidade factual.

Na fenomenologia das contratações administrativas, encontra-se o conceito de contrato na tipicidade, vinculado à exigência de cláusulas características. Cláusulas que, como preceitos, produzem condições relativas à natureza contratual. Essenciais, portanto, todas elas, sem exceção, no regime jurídico executório.

A simples leitura de um contrato administrativo diz de imediato com as cláusulas nele expressas como exatas disposições normadas. Nenhuma dúvida pode subsistir, conseqüentemente, sobre a natureza contratual e sua finalidade, sobre as relações estabelecidas, as situações criadas e as obrigações assumidas. Tome-se, para exemplo, um contrato de concessão.

162. CLÁUSULAS, PODERES E FACULDADES

Daí por que, diante das razões levantadas, não ser a noção de contrato administrativo uma noção meramente teórica. No entanto, atendendo à prática, “por contrato de *natureza* administrativa, não pode entender-se coisa diversa de contrato cujas características essenciais estejam em harmonia com os princípios do Direito Administrativo”⁷.

Fica o problema fixado nas respectivas cláusulas, todas elas voltadas para o interesse público a satisfazer. Ficam, em suma, as cláusulas como qualificadoras das características essenciais. Parece, pois, bastante nítido que um contrato administrativo pode conter, na igualdade, condições de conteúdo desigual.

O que vamos encontrar nas cláusulas são poderes e faculdades que se igualam na execução diante das obrigações pactuadas⁸. Não importa, depois da contratação, até que ponto se deu a exorbitância; ganha relevo, no tocante às cláusulas, a aceitação formal pelas partes e a decorrente adjudicação da obra ou serviço.

As cláusulas, quando aceitas e formalizadas contratualmente, aconteçam exorbitantes ou não do Direito Privado, pelo entendimento consensual, jamais se revelam incompatíveis em razão da finalidade. A excelência dos contratos administrativos tem precisamente suporte jurídico na harmonia entre cláusulas de regimes diferentes.

Pelas cláusulas cogentes, os contratos administrativos harmonizam interesses num mesmo plano jurídico, embora possa haver dois interesses colocados em planos diferentes. Resultam tais proposições das

7. João de Melo Machado, *Teoria jurídica do contrato administrativo*, Coimbra, 1936, p. 104.

8. “Fica-nos, assim, como característica de irrecusável valor, a aceitação pelas partes de um sistema de cláusulas e condições, estipulando regras *exorbitantes do Direito Privado*” (v. João de Melo Machado, op. cit., p. 143).

regras disciplinadoras que dão unidade à colaboração voluntária do particular com a Administração.

163. AS CLÁUSULAS NOS OBJETIVOS CONTRATUAIS

A doutrina, sempre impressionada pela possível mutabilidade das contratações públicas, apegar-se ao estudo das cláusulas como se elas fossem as responsáveis pela imprevisão ou pelos imprevistos inevitáveis. Um contrato, *prima facie*, ao ser estudado, depois de formalizado, deve ser tal como chegou ao mundo das relações jurídicas.

Por outro lado, “na medida em que os contratos estão posicionados em sua situação jurídica subjetiva, o conteúdo contratual é intangível, não pode ser modificado, nem individualmente por uma das partes, nem por leis ou regulamentos editados”, porque tudo “é fruto da força vinculante do negócio jurídico contratual, traduzido no brocardo *pacta sunt servanda*”⁹.

Distinguem-se, portanto, os contratos nas categorias e não especificamente as cláusulas nos contratos. Quanto às cláusulas, num mesmo contrato, conforme a natureza contratual, identificam-se e se completam nos objetivos. Perfazem uma unidade impossível de ser quebrada, a não ser prejudicando a execução ou alterando as obrigações. Entretanto, nenhum contrato contém cláusulas mutáveis ou imutáveis. Possuem apenas cláusulas de conteúdo condicionante.

Somente fatos estranhos à vontade das partes, inclusive o desequilíbrio na equação econômico-financeira, contribuem para a alteração das relações ou modificações nas obrigações. Nada acontecendo, conforme o contrato na sua finalidade, em que pese ao valor indiscutível da finalidade, as possíveis mutações nas situações de risco promovem a estabilidade contratual¹⁰, reconhecem, da existência do contrato, o acolhimento de medidas que o coloquem a salvo de circunstâncias inevitáveis.

As medidas, entretanto, uma vez necessariamente adotadas, não violentam nem podem violentar o pactuado, porque, visando a manutenção do acordo, procuram conservar a intangibilidade do contrato, a não ser nas várias hipóteses onde prevaleçam outros motivos, justificando a rescisão por interesse público ou pela inexecução afetando relações e obrigações.

9. Sergio de Andréa Ferreira, Formalização do contrato administrativo, in *Direito administrativo didático*, Rio de Janeiro, 1979, p. 218.

10. Temos um exemplo flagrante nas concessões de serviço público. Muitas alterações, embora previsíveis no tempo jurídico, não podem, no curso do contrato, ser exatamente avaliadas, nem também nas suas cláusulas. *In casu*, lembramos, as revisões tarifárias, ou então o problema dos custos, projetando desequilíbrios econômicos. Sobretudo porque as cláusulas não se alteram no seu conteúdo, mas sim no seu valor monetário extrínseco.

164. AS CLÁUSULAS COMANDAM A EXECUÇÃO

Valem as cláusulas pela expressão dos próprios termos, porque, verificando-se um fato ilícito no âmbito das relações, *fato* que possa constituir inadimplemento no exercício dos deveres jurídicos, servem para dar ao intérprete posição quanto ao problema da responsabilidade contratual¹¹.

Por isso, falando de cláusulas, dão elas conteúdo ao contrato, sendo necessárias em relação à finalidade¹². Questão conexa a da interpretação dos contratos públicos; inevitavelmente expressam também os modos procedimentais, pelos *modos* podendo provocar inúmeras situações impugnativas ou prejudiciais¹³.

Exorbitantes ou não, as cláusulas na sua unidade comandam a execução contratual, cada uma delas atribuindo às partes deveres ou operações executórias. O problema, contudo, colocado nas categorias contratuais, é o do regime escolhido¹⁴. O texto das condições, no contexto dos contratos, marca as regras aplicáveis¹⁵.

Embora domine o interesse público ou a finalidade de serviço, nas relações estabelecidas a *fonte* das obrigações e dos direitos reside precisamente nas cláusulas avençadas, no caráter de cada uma delas e na soma de todas dando estrutura formal ao instrumento jurídico.

Afastado o interesse público já antes figurado, as disposições contidas nas cláusulas avençadas representam a vontade da Administração e do particular contratante, *vontade* manifestada mediante atos pertinentes nas fases preparatórias do acordo depois concluído.

11. Guido Landi e Giuseppe Potenza, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 1960, p. 289.

12. Landi e Potenza, op. cit., p. 537.

13. Mario Gallo, La teoria dell'adempimento, Il tema dell'inadempimento, La materia della tutela giurisdizionale, in *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, Milano, 1936, p. 249-51 e 257.

14. "Le problème se pose alors de déterminer, dans chaque cas particulier, quel est le régime contractuel choisi" (v. M. Roger Pinto, *Cours de droit administratif spécial*, Paris, 1959/60, p. 96).

15. As cláusulas, sendo legais, regulamentares, financeiras, punitivas, ou que nome tenham na doutrina, fazem-se sempre condicionantes nas relações contratuais. Nasce sobretudo do consenso entre as partes. Aceitas, com a formalização, passam a constituir obrigações. No Brasil (Dec.-lei n. 200, arts. 130, VIII, 131, I, II e III), a matéria vem informada nos pressupostos procedimentais, conforme os regimes de execução. Ficam também consideradas as obrigações decorrentes da licitação (art. 135, I, II e III) e os critérios de prestação de garantias. A rigor, entre outras cláusulas possíveis na consensualidade e diante do interesse público, saem as cláusulas comuns que dão estrutura às contratações administrativas. Tudo depende da categoria contratual e da finalidade de serviço. Nos acordos, não há, por assim dizer, condições legais e sim particulares. O importante, no tocante à natureza das cláusulas, chama-se nas categorias *regime contratual*.

--- 6.^a PARTE

- OS SERVIÇOS PÚBLICOS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS
- AS CATEGORIAS JURÍDICAS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS
- NATUREZA JURÍDICA DOS CONTRATOS DE COLABORAÇÃO
- OS CONTRATOS POSICIONADOS NAS CATEGORIAS ADMINISTRATIVAS

OS SERVIÇOS PÚBLICOS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Sumário: 165. Meios legítimos e finalidades concretas. 166. Interesse e serviço público nas categorias. 167. O serviço público na relação administrativa. 168. Os elementos no serviço público. 169. Finalidade e ação permitida. 170. Conexões jurídicas na atividade administrativa. 171. Utilidades concretas e necessidades coletivas. 172. A gestão privada do interesse público.

165. MEIOS LEGÍTIMOS E FINALIDADES CONCRETAS

O interesse público reconhece à Administração *possibilidade* de produzir alterações no universo das suas relações jurídicas, mas submetendo-a aos modos que a ordem jurídica reputa adequados à real satisfação das necessidades administrativas.

Com a existência do Estado *legal*, a atividade administrativa alcançou um significado jurídico, entrou na esfera do juridicamente relacional, ficando os atos praticados *contra legem* condenados pelo ordenamento positivo como atos produtores de efeitos jurídicos.

Com isso, os dois importantes instrumentos de que dispõe a Administração, primeiro o *ato* e depois o *contrato administrativo*, não desconhecem a vigência de regras jurídicas que disciplinam a atuação administrativa, já que o Estado é uma ampla “estruturação jurídica”¹.

Na verdade, “a vontade de atuar um certo interesse público manifestada pelo legislador não é uma simples expressão de uma necessidade lógica, mas uma autêntica vontade que ao administrador compete apenas atualizar e dar corpo”².

Assim entendendo, para realizar um ato ou formalizar um contrato, a preeminência do interesse público resulta da lei e da licitude no comportamento administrativo, de normas substanciais que ofereçam à Administração meios legítimos diante de finalidades concretas.

1. Giovanni Miele, *Principii di diritto amministrativo*, Padova, 1960, p. 24.

2. Rogério Guilherme Ehrhardt Soares, *Interesse público, legalidade e mérito*, Coimbra, 1955, p. 120.

166. INTERESSE E SERVIÇO PÚBLICO NAS CATEGORIAS

No bom entendimento, o problema das relações contratuais com a Administração só se pode resolver se se tiver presente um interesse público concreto e um serviço público figurado. A Administração fica o encargo de dar a diretiva em cada caso, ou seja, de individualizar o interesse público na sua tipicidade objetiva substancial.

É preciso que permaneçam pressupostos de fato e a existência de uma necessidade pública que se procura satisfazer do melhor *modo jurídico* possível. A questão, portanto, nas contratações, indica uma meta administrativa individualizada que harmoniza o interesse público com a idéia de serviço, a vontade com a finalidade prevista na lei³.

Neste ponto, as causas ficam estudadas em si mesmas, imprimindo fisionomia própria aos atos que venham a realizar o contrato administrativo. A vontade *real* incide sobre a vontade *declarada*, legitimando relações e condicionando obrigações, assegurando correspondência efetiva entre os elementos no sentido da eficácia instrumental.

Para quem se preocupe em investigar as formas contratuais, interesse e serviço público, quando postos em relevo, explicam as construções das categorias administrativas. Cada categoria devendo corresponder a uma finalidade exatamente concreta. Cada uma delas exteriorizando um pacto consensual, na projeção dos efeitos jurídicos.

Quanto aos efeitos jurídicos, sem dúvida, confundem-se com a finalidade. Ficam propostos nos contratos visando objetivamente consecução de resultados que decorrem das relações e dimensionam-se nas obrigações, finalizando pelo exaurimento dos compromissos pactuados.

167. O SERVIÇO PÚBLICO NA RELAÇÃO ADMINISTRATIVA

Uma coisa, porém, é certa: todas as obras públicas dependem do Estado, não querendo a expressão *depende* afirmar que todas elas sejam realizadas diretamente pela Administração. Entretanto, em grande número e com diversas finalidades exigem contratos ou se processam mediante contratações administrativas.

3. Motivação e finalidade dão conteúdo tanto ao interesse como ao serviço público. A doutrina, embora se alimente de tergiversações, fomentando teorias conflitantes, quando fala de interesse ou serviço, assume nos regimes posições evidentemente práticas. Exemplo: a construção de edifícios. Outro exemplo: as concessões. Aliás, o que seja *serviço público*, já ganhou colocação histórica no pensamento doutrinário. Basta, no passado, consultar: Carlos Garcia Oviedo, *El régimen jurídico del servicio público*, in *Teoría del servicio público*, Madrid, 1923, p. 41-77; Recaredo F. de Velasco, *Noción de servicio público*, in *Los contratos administrativos*, Madrid, 1927, p. 88-105. O respaldo tem suporte nas obras de experimentados administrativistas como: Adolfo Posada, Léon Duguit, Santamaria de Paredes, Otto Mayer, Enrico Presutti, Gaston Jèze, Maurice Hauriou, Silvio Trentin ou Arnaldo de Valles.

Expressão lata tem de ser o serviço público compreendido na relação administrativa e na organização estatal como aquela atividade que visa prestar direta ou indiretamente tarefas ligadas a interesses gerais ou particulares da Administração. Pela relação administrativa possui exata vinculação a uma finalidade ⁴.

Decorre a acepção geral de serviço público, abrangente de enorme variedade das manifestações administrativas, de operações jurídicas realizadas pela Administração ou em nome dela, envolvendo na sua multiplicidade situações subjetivas e objetivas, *situações* que se enquadram determinativamente no ordenamento jurídico positivo ⁵.

Modos e formas, que nos contratos com a Administração constituem categorias derivadas dos modelos privados, no sentido de prover a Administração de instrumentos compatíveis com o direito *posto*, transformam a noção de serviço público em fenômeno definido e qualificado nas espécies concretas de atuação administrativa.

Haja vista, nas espécies que valorizam categorias, aquele poder originário real e unilateral de uma vontade que na relação com outras vontades, no exercício das funções necessárias, realiza ou persegue objetivos sociais, econômicos ou simplesmente administrativos.

168. OS ELEMENTOS NO SERVIÇO PÚBLICO

Havendo competência na organização, três são os elementos do serviço público, verificáveis nas situações jurídicas quando criadas:

— o *subjetivo*, de poderes e de vontade, promanando de uma causa ou motivação;

— o *objetivo*, atendendo determinada finalidade, vinculando vontade e possibilidade de fazer;

4. “Prestar é oferecer, fornecer, dar, cumprir, desempenhar, executar. A primeira nota a se destacar no conceito de serviço público é o objetivo, o escopo, o fim da atividade. Essa finalidade é alguma coisa para o público, para o bem geral, em proveito da utilidade comum. O serviço público é prestado *ao público*. Não há serviço público que não seja, direta ou indiretamente, prestado pela Administração ou Estado” (v. Tito Prates da Fonseca, *Lições de direito administrativo*, São Paulo, 1943, p. 32).

5. Incrível como os doutrinadores não se entenderam com respeito à noção de serviço público. Recomendamos, para ilustração, pesquisas em torno das posições de Léon Duguit, Gaston Jeze, Maurice Hauriou, Garcia Oviedo, Fritz Fleiner, Rafael Bielsa, Ernst Forsthoff, Ugo Forti, Massimo Severo Giannini, Fernando Garrido Falla, Manuel Maria Diez, Georges Vedel, Yorodzu Oda, Guido Zanobini e Otto Mayer entre os mais preocupados na problemática ao tempo da sistematização do Direito Administrativo. É de consultar: Jean-Louis de Corail, *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, Paris, 1954. Todavia, já hoje, nas programações administrativas, a satisfação dos interesses públicos ou do interesse público alcançou caráter concreto em face de exigências materiais constatáveis.

— o *formal*, buscando os instrumentos compatíveis com a finalidade a alcançar.

Integrando elementos, temos na prática o ato administrativo, os atos administrativos bilaterais e as contratações administrativas, cada maneira afirmativa de manifestação pública traduzindo uma finalidade e produzindo exclusivos efeitos jurídicos ⁶.

Qualquer análise, mesmo superficial, em torno dos elementos quando integrados, diante da finalidade, basta para determinar a natureza do serviço público. Da natureza do serviço e da forma instrumental que lhe dá vida jurídica surgem as relações materiais.

Não só porém as relações materiais, mas também as obrigações administrativas. Do conjunto ordenado dos elementos, marcam-se os atos conseqüentes e as operações mediante as quais efetiva-se a vontade, isto é, realiza-se formalmente a finalidade comprometida.

169. FINALIDADE E AÇÃO PERMITIDA

Na verdade, em termos realísticos, tendo em mira a organização estatal, “*serviço público* é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado” ⁷.

Para consecução de tais objetivos, a Administração ativa-se direta ou indiretamente, interna ou externamente, adotando conforme a finalidade modos e meios jurídicos de ação permitida. Baixa atos ou realiza contratos, promove soluções administrativas. Age por si própria ou por terceiros interessados.

Daí por que todos os serviços públicos que concorrem para a efetivação de necessidades gerais são serviços administrativos, *serviços* que colocam a Administração no dever jurídico de regulá-los, assegurá-los e controlá-los. Utilizando-se para isso de dois critérios:

- o da realização diante da finalidade;
- o da continuidade conforme a natureza da finalidade.

6. Da lição de Carlos García Oviedo, da ordenação dos elementos, podemos deduzir: *a)* “que o serviço público é uma ordenação dos elementos e atividades para um fim”; *b)* “que o fim é a satisfação de uma necessidade pública”; *c)* “que o serviço implica a ação de uma pessoa pública”; *d)* “que esta ação cristaliza uma série de relações jurídicas constitutivas de um regime jurídico especial, distinto do regime jurídico dos serviços privados” (op. cit., p. 22).

7. Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo, 1978, p. 296.

A realização diz no geral com as obras públicas. A continuidade com as concessões. Cada tipo, na categoria, impondo pertinentes relações e específicas obrigações. Os procedimentos, portanto, que levam às contratações requerem *in casu* regras adequadas. Formalidades e garantias ajustadas à celebração do acordo consensual.

170. CONEXÕES JURÍDICAS NA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

Em realidade, a questão *serviços públicos* na problemática da criação e sua gestão, sensibilizando toda a organização administrativa, estabelece conexões jurídicas que, no Direito Administrativo, integram a função, o ato, o contrato e a responsabilidade estatal.

São aspectos estes caracterizantes de uma mesma dinâmica chamada *atividade administrativa*. Justamente, no serviço público, quando específico, tem a Administração seus limites e metas. Fica adstrita, em face da finalidade, à legitimidade dos modos procedimentais ⁸.

Atos e contratos, portanto, nas distintas categorias, constituem situações ligadas a dois pressupostos, o primeiro de função pública e o segundo de serviço público ⁹, cabendo à Administração, mediante meios postos à sua disposição, gestionar na atividade causas motivantes que sejam de interesse público.

Os modos procedimentais, na razão imediata da organização e mediata da função, vinculam-se à natureza dos serviços conforme a finalidade procurada, uma vez que a prestação, nas hipóteses de colaboração particular, transferida a execução, impõe relações consensualizadas.

Com respeito às categorias, lembrando as concessões ou a realização de obras públicas, figuras típicas de prestação particular indireta, as relações efetivando obrigações dão estrutura à figura do contrato e com ele de condições preestabelecidas, ou seja, de estipulações ou cláusulas ajustadas.

Apreciada a motivação, qualificado o interesse público objeto da atividade administrativa, verificada a existência jurídica e material da motivação, tomado o serviço público no seu caráter de fato-utilidade-necessidade, as diretivas hão de corresponder aos instrumentos compatíveis, isto é, às contratações tipificadas nas categorias.

8. Miguel S. Marienhoff, El servicio público y sus variadas expresiones — principios generales y básicos, in *Anuario de derecho administrativo*, Santiago de Chile, 1975/76, p. 177-8.

9. Em tese, consultar: Guido Zanobini, *L'esercizio privato delle funzione e dei servizi pubblici*, apud V. E. Orlando, *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 1920, v. 2.

171. UTILIDADES CONCRETAS E NECESSIDADES COLETIVAS

Conquanto a doutrina diversifique noções, o conceito do serviço público formalizando finalidades definidas não escapa do conhecimento de duas premissas informadoras:

— “o serviço público é fundamentalmente destinado à prestação de utilidades concretas aos indivíduos”;

— “o serviço público propõe-se satisfazer uma necessidade coletiva individualmente sentida”¹⁰.

Utilidades concretas e necessidades coletivas que mantêm a Administração em permanente atividade, traduzindo de momento realizações práticas que falam de interesse público, afirmando na ordem jurídica *modos* que de maneira adequada desconcentram poderes e faculdades.

Ademais, vale recordar que, geralmente, apesar dos diferentes critérios doutrinários, a realização dos serviços depende dos modos de execução, numa extensão em que o próprio regime público “pode ficar amplamente submetido ao Direito Privado”¹¹.

No que ficou dito, nada vai de duvidoso, pois a Administração, na sua discricção e poderes, sem desnaturar situações ou institutos, não está proibida de utilizar processos recomendados pelo Direito e a ordem jurídica positiva.

Não há, por consequência, incompatibilidade alguma entre gestão direta ou indireta, ficando o problema *serviço público* na variedade de obras e concessões a cargo da Administração e do interesse legítimo que orienta sua permitida atividade.

Nas contratações administrativas, o serviço público, mesmo obrado por uma pessoa privada, não perde sua natureza, nem a pessoa privada quando assume responsabilidade executória deixa de assumir riscos contratuais.

172. A GESTÃO PRIVADA DO INTERESSE PÚBLICO

O poder administrativo associado à colaboração do particular, observados os sistemas ou regimes conforme os meios empregados, as exigências reguladoras peculiares na gestão indireta, verifica-se que a idéia de serviço público domina pela finalidade todas as áreas sócio-econômicas¹².

10. Marcello Caetano, *Princípios fundamentais do direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1977, p. 266.

11. Jaime Vidal Perdomo, *Derecho administrativo*, Bogotá, 1977, p. 234.

12. Na literatura especializada conforme os regimes: John Bauer, *Effective regulation of public utilities*, New York, 1925; W. M. Wherry Junior, *Public utilities and the law*, Washington, 1936; M. Edwar Dimock, *British public utilities and national development*, London, 1933; James C. Bonbright, *Public utilities and the national power policies*, New York, 1940; atualmente merecem estudo: Salvadore

Evidentemente, os instrumentos consecutórios só podem ser atos administrativos ou contratos. Poderes concedentes e regulamentares que, prevenindo a adoção de processos técnicos próprios, determinam mediante condições a realização ou a exploração de um serviço vinculador do interesse público ao interesse particular¹³.

O problema dos *fins* na atividade administrativa, focado nas relações com a Administração, na origem da formação e depois no acordo de vontades, leva a um serviço público destinado a produzir resultados diante de exatas obrigações resgatáveis pela execução ou a prestação.

Por sua vez, na execução, o controle se exerce nas relações por meio das obrigações, compatibilizando o interesse público com o econômico, já que na amplitude conceitual o serviço público quando transferido ao particular envolve na prática fatos e atos puramente materiais¹⁴.

Na base da gestão privada do interesse público, apresente-se tal gestão sob que forma possam haver, existem relações e conseqüentes obrigações. Segundo as relações define-se a natureza jurídica do compromisso e qualifica-se a finalidade administrativa.

Cimmino, André Demichel, M. Despax, James M. Landis, F. M. Morstein, Alfonso Perez Moreno. Na França: F. Trevoux, *De service public de droit public ou service publique économique*, Paris, 1936; Jean de Soto, *Grands services publics et entreprises nationales*, Paris, 1971.

13. No Brasil, ainda existem obras bastante atuais, no campo da doutrina e da experiência, que a pesquisa não deve esquecer. Entre destacados autores merecem citação: Luís Anhaia Melo, Layr Paletta de Resende Tostes, J. H. Meirelles Teixeira, Plínio A. Branco e Bilac Pinto. Também nosso trabalho: *Os serviços de utilidade pública*, Curitiba, 1940.

14. A relação de serviço, portanto, determina a reciprocidade nas obrigações; caracteriza, nas obrigações, a natureza das relações, ou a existência de ato unilateral autorizativo ou de formal ajuste contratual.

AS CATEGORIAS JURÍDICAS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Sumário: 173. A finalidade nas categorias. 174. Os grupos nas categorias contratuais. 175. Contratos de colaboração. 176. Contratos de participação. 177. Contratos interorgânicos. 178. Contratos administrativos privados. 179. Finalidade e instrumentação contratual.

173. A FINALIDADE NAS CATEGORIAS

Diante das variações sempre possíveis na finalidade pública, as classificações nem sempre correspondem às relações que nos contratos administrativos levam às obrigações ou às prestações compromissadas. Contudo, convém repetir, é a finalidade como elemento material que determina a natureza da figura contratual.

Todavia, evitando classificações, analisando simplesmente as categorias, as maneiras como se desenvolve a atividade administrativa, muito mais fácil será nos diferentes regimes o entendimento de uma problemática que vem deixando de ser equívoca para ser definidora de figuradas situações jurídicas.

Como todas as classificações pecam por limitarem pressupostos viáveis na realidade estatal, imprecisando a noção de interesse público e colocando em crise a existência concreta do serviço público, o melhor método de conhecimento será aquele que, em razão da finalidade, ofereça à doutrina soluções racionais e práticas¹.

Portanto, para uma tarefa intelectual de entendimento e conhecimento, o que vale em face da finalidade perseguida é levantar os tipos de categorias jurídicas sem nenhuma intenção classificatória, tendo em vista apenas aquelas figuras tipificadas pela própria natureza e comuns na constante atividade administrativa.

1. Na verdade, deixando de lado o conceito geral de contrato administrativo, o problema fica contido nas relações contratuais, sobretudo na causa e na finalidade. Nas categorias, tanto o contrato *iure publico* como o contrato *iure privato*. As controvérsias, na doutrina, apagam-se diante da realidade das relações, em face de uma finalidade. Sendo de anotar, pela sua relevância, motivos e causas determinantes.

174. OS GRUPOS NAS CATEGORIAS CONTRATUAIS

Genericamente, tomando os contratos administrativos como se apresentam no mundo do Direito, conforme a vontade declarada e a finalidade a alcançar, podem ser agrupados, no tocante à relação estabelecida:

— em contratos de *colaboração*, nos quais o fato da adesão vincula conseqüentes obrigações;

— em contratos de *participação*, nos quais a formalização impõe recíproca consensualidade;

— em contratos *interorgânicos*, nos quais há uma política administrativa de efeitos programados;

— em contratos administrativos *privados*, nos quais se objetiva a aquisição de bens materiais necessários.

Os primeiros aparecem como contratos *simples* porque de peculiar manifestação de vontade unilateral. Os segundos, *compostos*, por virtude do indispensável ajuste formal entre as partes. Os terceiros, *complexos*, já que envolvem superiores interesses estatais. Os últimos são *comuns* porque usuais e correntes na gestão administrativa².

Numa escala de valores ponderados, como veremos logo mais, generalizando conceitualmente e depois particularizando na finalidade, em todos os grupos fica patente o interesse público, um fim exclusivo nominado, a Administração atuando conforme a natureza das metas que pretenda alcançar por meios adequados.

175. CONTRATOS DE COLABORAÇÃO

Na espécie *colaboração*, firma-se a relação no momento em que o particular por adesão aceita prestar serviços, conforme ofereça a Administração. Dito acordo se propõe unilateralmente para a prestação de coisas materiais, mediante pagamento ou remuneração³.

2. O problema aqui se apresenta em saber de como o particular contribui para a formação do contrato administrativo. Se vem para *colaborar* ou se vem para *participar*. Se se trata de um acordo entre órgãos da mesma organização ou não. Em saber, principalmente, quem são os sujeitos que atuam na formação do entendimento consensualizado.

3. Nas hipóteses, “o contrato de adesão exclui a presença do acordo como fundamento do contrato” (v. Bartolome A. Fiorini, *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1969, t. 1, p. 412). Basta, *in casu*, a aceitação pelo particular, surgindo as relações das obrigações assumidas.

A chave esquemática não é outra senão esta:

Contratos de colaboração		autorizações; permissões; cessões; de fornecimento; de função especializada; de notória especialização.

Os procedimentos, que partem da Administração para alcançar o particular, dependem apenas das específicas condições jurídicas, da vontade legítima de pedir o serviço e da capacidade de quem o aceitar. Formaliza-se a relação administrativa pela aceitação dos compromissos pelo particular, ou seja, pelos deveres por que o particular *intuitu personae* resolve responsabilizar-se.

176. CONTRATOS DE PARTICIPAÇÃO

A *participação*, nas possíveis hipóteses relacionais, decorre da lei, do acordo e da formalização do pacto contratual. Estes contratos para que produzam efeitos jurídicos hão de necessariamente corresponder a interesses que se conjugam na procura de uma mesma finalidade pública ⁴.

O esquema, em face do caráter objetivo das relações, compreende as categorias assim nominadas:

Contratos de participação		de obras públicas; de empréstimos públicos; de cessão do uso de bens públicos; de concessão de serviços; contratos de risco; de função ou emprego.

Evidentemente, as categorias nominadas, na extensão, abrangem externamente toda a atividade administrativa. Cada uma possuindo sua tônica própria e seu regime, conteúdo que se refere a finalidade, motivação que tem no interesse público e na lei os pressupostos básicos. Por isso, e pela importância, serão estudadas em capítulos à parte.

4. Conquanto a *colaboração* venha da aceitação de ato unilateral, a *participação* decorre do consenso e da bilateralidade. O que identifica as partes, no acordo concluído, é a finalidade. *In casu*, nas relações, as obrigações pactuadas. Na *participação*, a figura do co-contratante assume riscos e responsabilidades pelo serviço prestado ou a prestar. A *colaboração* tem um caráter todo pessoal-individual. A participação não, porque nela ambas as partes respondem diretamente pelo serviço a realizar.

177. CONTRATOS INTERORGÂNICOS

Os *interorgânicos*, como categorias contratuais, concluídos entre órgãos e outras pessoas, dizem com o interesse interno da Administração e se consumam dentro de programada orientação política. Aproximam áreas estatais e administrativas objetivando finalidades comuns ou necessidades onde se fazem indispensáveis à atuação de outros poderes ⁵.

De maneira genérica, variando nos sujeitos e nas finalidades, esquemamizam-se formalmente:

Contratos interorgânicos	{ interadministrativos; convênios; tratados.

Conforme a organização político-administrativa-estatal, o regime de competência nas esferas decisórias, as referidas categorias realizam acordos caracteristicamente contratualizados. Firmam relações e correspondentes obrigações. Envolvem, não poucas vezes, ação administrativa de projeções internacionais.

178. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS PRIVADOS

São pactos, estes, os *privados*, instrumentados pelo direito positivo comum, de que a Administração lança mão a fim de prover interesses de simples gestão administrativa. Apenas não constituem acordos civis ou comerciais em virtude das pessoas que nele atuam e da finalidade que lhes dá natureza pública ⁶.

Aparecem as categorias, na ordem interna e nas relações internas, assim figuradas:

Contratos privados	{ arrendamento; compra e venda; locação de imóveis; garantia pública.

5. Como estudaremos, na devida oportunidade, na temática, os contratos interorgânicos possuem natureza própria mesmo em razão da finalidade. Envolvem, ou podem envolver, poderes e órgãos nos diferentes planos administrativos. Concluem-se, necessariamente, entre pessoas jurídicas distintas na organização político-administrativa, quer internas ou não.

6. Nas categorias citadas, não há como fugir dos instrumentos fornecidos pelo Direito Privado; os cartórios ou os particulares devidamente formalizados. O direito positivo comum, em certos tipos de negócios como os nomeados, não distingue as pessoas jurídicas dos particulares. No entanto, o caráter instrumental não prejudica a finalidade, pois o interesse público permanece figurado e a Administração atua em razão desse interesse conforme a lei e as implicações regulamentares.

Como a Administração não fica livre para contratar, dependendo do interesse público, da lei e do regime de competência, já que em qualquer plano da atividade administrativa os poderes devem vir determinados, o conteúdo administrativo conceitua as categorias nominadas, dando-lhes caráter e qualificações peculiares administrativas.

179. FINALIDADE E INSTRUMENTAÇÃO CONTRATUAL

Os contratos administrativos, a exemplo nominado dos apontados, sempre são concluídos no interesse definido da Administração. Os aspectos jurídicos, de conteúdo, forma e formalidades, de natureza privada ou pública na instrumentação, deixam-se dominar nas relações e obrigações pela finalidade pública.

Estudado no sentido da formação, da conjunção de vontades buscando uma finalidade, “o contrato administrativo pode expressar-se mediante qualquer meio idôneo”⁷. As categorias, não constituindo uma classificação, constituem e representam modos de opção legal na escolha dos particulares ou pessoas.

Nas figuras nominadas, quatro posições na atividade administrativa destacam-se da intenção e possibilidade contratual:

- a da contratação *direta* nas hipóteses dos ajustes de *colaboração*;
- a da contratação *condicionada* nas hipóteses dos pactos de *participação*;
- a da contratação *cooperacional* nas hipóteses das convenções interorgânicas;
- a da contratação *discrecional* nas hipóteses permitidas no *Direito Privado*.

Sem dúvida, prevalece a lei, senão a norma regulamentar, para todas as espécies de operações contratuais, princípios de base com respeito à melhor escolha do particular co-contratante, variando a instrumentação conforme a categoria do contrato e também as formalidades⁸.

7. Julio A. Prat, Los actos y los contratos administrativos, in *Derecho administrativo*, Montevideo, 1978, v. 2, t. 3, p. 245.

8. É preciso considerar que, de uma maneira geral, não se pode combinar, nas diversas categorias, os mesmos pressupostos factuais e legais. Em face da lei ou da norma, o importante fica em observar o problema da competência, em matéria de conclusão dos contratos. Nada havendo, nas relações e obrigações, agindo a Administração no regime de competência, o que exige estudo será sempre “a finalidade normal do contrato” (v. André de Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris, 1956, t. 3, p. 137-41).

Logo, cabe ao estudioso, de pronto, conhecer os contratos administrativos, nas suas características e diferenças ⁹, o comportamento relevante e ao mesmo tempo lícito da Administração, a conduta administrativa ligada juridicamente ao fato-motivação e à lei pertinente ¹⁰.

Reflete o ato administrativo incidente nas contratações a intenção geradora das categorias jurídicas. O ato se edita já declarando a vontade estatal, afirmando a vontade manifestada de maneira a permitir que a finalidade venha exemplarmente figurada. Daí por que as categorias assumem dimensões próprias em razão dos efeitos previstos.

9. Eduardo Soto Kloss, Características y diferencias, in *Contratos de la administración*, Mendoza, 1977, p. 11-2.

10. O exame do ato administrativo decisório, conforme a qualificação, é muito importante para a determinação da natureza contratual na sua finalidade. Na origem o ato já vem colocado (ou deve vir) na sua categoria. A distorção entre o ato e o procedimento contratual resulta na invalidade do acordo que concluído fica prejudicado nos efeitos jurídicos.

NATUREZA JURÍDICA DOS CONTRATOS DE COLABORAÇÃO

Sumário: 180. Modos de cumprir finalidades públicas. 181. A autorização como figura jurídica. 182. Autorizações e permissões. 183. Permissões e cessões. 184. Contratos de fornecimento. 185. Caráter jurídico da função especializada. 186. A notória especialização no contrato.

180. MODOS DE CUMPRIR FINALIDADES PÚBLICAS

Na temática de certas categorias de contratos administrativos, a expressão *colaboração* é a que melhor serve à doutrina, ao interesse público e à permitida atividade da Administração. Por simples *adesão* traz o particular a conviver com uma finalidade de serviço que lhe é oferecida formando o vínculo na relação quando consumada.

As figuras ganham relevo, como fizemos ver no capítulo anterior, por meio de singulares atos administrativos que ofertam ao particular o exercício de um direito. Cada uma delas, na finalidade, representando critérios, *modos* da Administração cumprir determinados fins, procedimentos lícitos de vontade e gestão do interesse público¹.

Conforme fiquem figuradas, ajustam nos pressupostos o ato com a finalidade, a motivação com o desejo de algo proteger ou realizar. Buscam no particular o instrumento capaz, em face de condições todas pessoais, de promover o que a Administração quer ou deve querer. Do acordo, portanto, surgem as relações e as obrigações.

Embora, na colaboração do particular, as figuras possam parecer assemelhadas, a tônica jurídica distingue a autorização da permissão, a cessão do fornecimento, função especializada de notória especialização. No en-

1. Surge a figura da autorização bastante diferenciada do *ato de autorização* para contratar, daquelas faculdades que recebe a Administração para promover o processo de contratação. O ato que responde pela autorização inscreve-se entre os decisórios unilaterais de modelo simples e determinado, principalmente quando incidem sobre serviços que o Estado deve proporcionar ou preservar. Num reforço de linguagem, valem como procurações, não porém somente em causa própria, no tocante aos benefícios. O vínculo, permanecendo pelo ato e depois do ato, conjuga obrigações. A autorização, assim, não é uma manifestação ociosa do Poder Público. Por ter finalidade pode produzir reações jurídicas.

tanto, cada figura ocupa, no Direito Administrativo, um espaço conceitual peculiar na forma e todo característico.

Estudar uma a uma, na prática da atividade administrativa, é tarefa do pensamento doutrinário. Um trabalho que, diante de fatos, o ato sempre unilateral comanda relações e obrigações, submetendo o particular às prescrições reguladoras da sua conduta, ficando a Administração na livre tutela do que pactuou.

181. A AUTORIZAÇÃO COMO FIGURA JURÍDICA

No seu conceito genérico, *autorização* é, antes de tudo, um ato administrativo, colocado no plano da conveniência ou da oportunidade. Refere-se a serviços que possam ser autorizados, ou seja, serviços “delegados pela Administração autorizante” e sujeitos “a constantes modificações” nos modos de sua prestação ².

Como do ato surgem relações, e delas conseqüentes obrigações, os vínculos, mesmo na precariedade, fazem-se contratuais, tendo em vista que há por detrás das autorizações um serviço do interesse da comunidade. É esse interesse, como a intervenção da Administração, que deve ser resguardado, protegido nos efeitos jurídicos ³.

O que importa, no tocante aos executores do serviço, é o correto cumprimento da delegação recebida, já que pela sua natureza a autorização, depois de formalizada, efetiva relações e compromissos, obrigações que uma vez pactuadas estabelecem vínculos reais entre pessoas, coisas e interesses que se comunicam ⁴.

2. Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo, 1978, p. 364.

3. “Os serviços autorizados não se beneficiam das prerrogativas das atividades públicas, só auferindo as vantagens que lhes forem expressamente deferidas no ato da autorização, e sempre sujeitas à modificação ou supressão sumária, dada a precariedade ínsita desse ato. Seus executores não são agentes públicos, nem praticam atos administrativos; prestam, apenas, um serviço do interesse da comunidade, por isso mesmo controlado pela Administração e sujeito à sua autorização. A contratação desses serviços com o interessado é sempre uma relação de Direito Privado, sem participação e responsabilidade do Poder Público” (c. Hely Lopes Meirelles, op. cit., p. 364-5). No entanto, uma vez figurada a contratação, a adesão do particular fazendo o acordo, a autorização produzindo resultados jurídicos, ao autorizado e quanto a terceiros, não deixa de haver responsabilidade administrativa. A responsabilidade, que decorre do próprio ato, leva às sanções cabíveis e ao exame dos possíveis procedimentos lesivos de direitos.

4. O importante, sem dúvida, é a natureza da relação jurídica que une as partes depois de efetivada a autorização. Evidentemente, os atos de autorização “são aqueles que não criam direitos, mas permitem o seu exercício, suprimindo as limitações” (c. J. Cretella Júnior, *Contratos administrativos*, in *Tratado de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1967, v. 3, p. 121). Contudo, o simples exercício de direitos corresponde a direitos que se fazem existentes. Mestre Cretella exemplifica: circulação de carros, ocupação de terreno, estabelecimento de indústria.

De parte da Administração, o ato de autorização, quando editado e aceito pelo particular, é um ato administrativo perfeito e acabado, pronto para produzir efeitos, tendo uma finalidade certa, objetivos que são administrativos, propósitos que se tornam públicos. Torna a vontade que era unilateral em vontade comprometida pelo mútuo consenso.

Pela sua índole jurídica, a autorização situa-se entre as categorias administrativas devido à existência de vontades conjugadas, de um interesse que fica comum às partes, de acordo consubstanciando obrigações cometidas. Com isso, desaparece a unilateralidade e dominam os termos convencionados.

A convenção, virtualmente, consuma-se na autorização, submetendo o particular e colocando a Administração no seu poder de vigilância. Poder que, de policiamento administrativo, traduz, *in casu*, eventual responsabilidade emanada do ato delegador na projeção de efeitos jurídicos produzidos ou a produzir.

Na prática, onde há autorização há transferência de condições operacionais. A transferência, de caráter vinculante, não afasta a Administração daquilo que voluntariamente pôde delegar. E se delegar é permitido, o ato justifica o fato, só se torna inexistente pelo desaparecimento da motivação ou da causa que movimentou a vontade administrativa.

182. AUTORIZAÇÕES E PERMISSÕES

A *permissão*, gerando direitos, a título gratuito ou remunerado, é ato administrativo produtor de relações jurídicas. Ao contrário da *autorização* que traz no seu conteúdo um interesse exclusivo, na *permissão* não há exclusividade e sim interesse concorrente⁵.

Com a presença do permissionário sujeito *passivo* e da Administração sujeito *ativo*, condicionam-se vínculos entre o que se permite e o que se recebe, *vínculos* decorrentes da outorga assegurando garantias para a execução dos serviços compromissados.

No entanto, “o ato administrativo permissional, podendo ser manifestado ou deixar de sê-lo, com conteúdo e permanência sob critério do poder permitente, deverá obedecer às *normas uniformes*, que mantenham a *par conditio* dos administrados perante o Estado”⁶.

O pacto que se formaliza entre o sujeito ativo e o passivo, criando relações e obrigações, tem, no serviço permitido, o móvel administrativo,

Correto. O que tem o autorizado reside em suportar as cargas objeto da autorização. Normalmente, porém, qualquer lesão, no exercício de direitos, infringente das autorizações, provoca ressarcimento.

5. Hely Lopes Meirelles, op. cit., p. 158.

6. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Permissões de serviço público, in *Curso de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1974, p. 348-9.

a razão de ser do ato unilateral que se bilateraliza enquanto compatível com o interesse público⁷.

A tônica jurídica das categorias de colaboração nas *permissões* provém da qualidade do serviço que, prestado por muitos, não desfigura a natureza de acordo realizado com base ou obrigações livremente assumidas.

A falta de exclusividade, como nos serviços de transportes coletivos urbanos necessitados de imediata ampliação, não prejudica direitos adquiridos no tempo de prestação, nem alcança terceiros interessados que já exercitam os mesmos direitos por força e nos limites de concessões normalmente formalizadas.

O limite jurídico, no acordo ou pacto originado do ato permissivo, é aquele condicionado no próprio ato que deve, pelo seu conteúdo, qualificando obrigações, determinar o que a Administração sancionou, e o particular fica comprometido a realmente fazer ou prestar.

183. PERMISSÕES E CESSÕES

O relevante, na atividade administrativa, é não somente tomar os contratos administrativos nas figurações hoje clássicas, mas conhecer aspectos em que a Administração informalmente de princípio assume relações tipificadas na reciprocidade criadora de regulares situações jurídicas bilaterais.

Não que a bilateralidade, quando concluídas as permissões e as cessões, faça, no geral, contratos dentro da idéia de documentos formalmente escritos. Basta um ponto comum: o do ato bilateral que dá procedimento às contratações para explicar a existência de partes e no acordo a consensualidade para compor a categoria jurídica⁸.

7. Os acordos administrativos, mesmo nos casos de colaboração, nas hipóteses de autorizações ou permissões, não podem conceber-se senão em função da noção de algo a prestar pelo particular. E de prestar *em nome* da Administração. Neles há princípios de justiça e de equidade que dominam as relações entre as partes. Em verdade, na categoria *colaboração*, as obrigações não são apenas as que estão formalmente expressas no deferimento, senão também as que resultam da natureza do ajuste, considerando a exação no cumprimento, as sutis diferenças entre o que se autoriza, se permite ou cede. Daí por que, por analogia, muito favorecem o entendimento hermenêutico, as fórmulas pelas quais os Códigos de Direito Privado traduzem princípios com base em conceitos positivos.

8. Cumpre saber: "A classificação dos atos administrativos em unilaterais e bilaterais não é muito pacífica no Direito Administrativo, embora no Direito Privado faz tempo que esta questão não apresenta nenhuma discussão. A forma e o modo para produzi-los não destroem sua essência de atos jurídicos. A unilateralidade e a bilateralidade são distintas formas de manifestação do ato jurídico criador de relações jurídicas e para determinar seus efeitos. A oposição de relações recíprocas distingue a presença de um ato jurídico bilateral" (v. Bartolome A. Fiorini, *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1968, t. I, p. 277-8), sobretudo, na realidade, quando a chamada "oposição de relações recíprocas" resulta em acordo capaz de gerar efeitos jurídicos e reações jurídicas, nas hipóteses de rompimento imotivado do pactuado para a prestação do serviço comprometido.

Nas *cessões*, os condicionamentos são os mesmos das *permissões*, sobretudo no tocante às obrigações. A relação, que vem do ato como expressa manifestação de vontade, compromete a administração e o particular. O fato de ceder-se a alguém alguma coisa envolve pressupostos indisfarçáveis de mútuo comprometimento, a não ser que o ato venha inválido nas suas origens⁹.

O que a Administração quer, nas cessões administrativas, é a colaboração do particular. Podendo, entretanto, no seu querer, impor condições com as quais também se vincula, das quais só pela exaustão do ato ou no interesse público pode alterar ou nulificar.

Compete ao hermenêuta, nos casos concretos, estudar as situações jurídicas, porque somente da avaliação delas após criadas afere-se da existência de condições que representam na execução acordos contratualizados, ou singulares contratações administrativas.

184. CONTRATOS DE FORNECIMENTO

O fornecimento nas esferas administrativas faz contrato em virtude de obrigações resgatáveis com a aquisição de bens necessários ao consumo de utilidades requeridas pela Administração. Nas hipóteses de fornecimento, as obrigações na relação ficam com o Estado, na medida em que sejam atendidos os compromissos afetos ao particular.

Essa é uma premissa que deixa nos casos concretos ocorrentes a Administração na posição de pagar e o particular no direito de receber. Prevalecem, nas hipóteses, prestações materiais e contraprestações financeiras na consumação do contrato, estipulações previamente capituladas, qualificando as utilidades que devam suprir necessidades administrativas.

Anote-se que o contrato de fornecimento, “embora possa corresponder, segundo os casos, em Direito Civil, à compra e venda ou à *locatio operis*, quando o fornecedor se empenha em fabricar objetos que entregará à Administração”, não deixa pela finalidade de ser um contrato administrativo¹⁰.

Não há dúvida que o contrato de fornecimento, como acordo ou convenção na sua estrutura jurídica, marca duas posições na relação criadora da situação jurídica, a do fornecedor proprietário dos objetos úteis à Administração e a da pessoa pública responsável pelo pagamento convencionado autorizadora da despesa.

9. A invalidade, que vem dos vícios maculantes do ato administrativo, atinge a todas as manifestações concretas de atividade da Administração. Neste livro, Os vícios nos contratos administrativos, 4.^a parte, Cap. XIV.

10. J. Cretella Júnior, Contratos administrativos, in *Tratado de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1967, v. 3, p. 101; Marcel Waline, *Droit administratif*, Paris, 1963, p. 579.

É tipicamente administrativo pela presença da Administração e em razão da finalidade, podendo, na comutabilidade, apresentar aspectos variáveis quanto a execução ou cumprimento do pactuado, um deles o da possível descontinuidade¹¹. A colaboração advém da prestação por um particular de utilidades mediante preço ajustado¹².

Genericamente, o contrato de fornecimento atinge os vários planos de atividade administrativa, contendo disposições particulares quanto à finalidade-objeto, regras que não o afastam das características de outros contratos concluídos pela Administração¹³. Haja visto, na categoria *colaboração*, o que diz respeito com a defesa nacional e com as necessidades militares, em face da variedade de prestações permanentes ou não¹⁴.

Procurando a aquisição de bens móveis, sua entrega qualificada, mediante pagamento ajustado, constitui instrumento de relação indispensável na execução de outros contratos administrativos, como o de obras públicas e serviços internos essenciais¹⁵. Liga-se aos demais contratos não obstante constitua instrumento autônomo de validade jurídica condicionada ao interesse público.

Ganha formação quando a vontade administrativa se manifesta pela objetiva finalidade comprometida com o funcionamento ou a execução de serviços¹⁶, e resolve-se a finalidade pela aquisição de bens, conforme regras de previsão administrativa, princípios legais aplicáveis na categoria.

185. CARATER JURÍDICO DA FUNÇÃO ESPECIALIZADA

No exercício da função especializada, nota-se desde logo a tipicidade na colaboração. Os servidores admitidos para tais funções não ocupam cargos públicos. Ao contrário da notória especialização, a contratação exige regime próprio, estabelecido em lei especial¹⁷.

11. André de Laubadère, *La résiliation du marché de fournitures*, in *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris, 1956, t. 3, p. 269-72.

12. Marcel Waline, op. cit., p. 579-80.

13. Rafael Bielsa, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1965, t. 3, p. 375.

14. André de Laubadère, op. cit., v. 3, p. 270-2.

15. J. Cretella Júnior, op. cit., v. 3, p. 101-2.

16. "Contrato de fornecimento é o acordo de vontades pelo qual, mediante preço ajustado, uma pessoa de Direito Privado se compromete a entregar à Administração gêneros, mercadorias ou objetos móveis de qualquer espécie. Com efeito, para o ininterrupto andamento dos serviços públicos, é indispensável a aquisição do material adequado a tais serviços: carvão, lenha, óleo, graxa, gasolina, tratando-se de veículo; postes, fios, peças variadas, tratando-se de telefones, telégrafos; papel, lápis, tinta, borracha, giz, material de limpeza, tratando-se das diversas repartições" (v. Cretella Júnior, op. cit., v. 3, p. 102). Lembrando, ainda, coisas e materiais hospitalares na assistência pública, instrumentais de policiamento militar e de natureza preventiva.

17. Constituição, art. 106: "O regime jurídico dos servidores admitidos em serviços de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada será estabelecido em lei especial". Decreto-lei n. 200, art. 111: "A cola-

Observada a posição relacional, que é a da lei em razão da função, “são profissionais especializados de cujos serviços a Administração necessita, em caráter temporário ou não, quer para preencher claros momentâneos nos seus quadros, quer para exercer funções técnicas para as quais a lei não criou cargos”¹⁸.

Quando se admite à Administração buscar a colaboração de particulares especializados, naturalmente que temos em vista um contrato administrativo condicionado nos seus propósitos. Em primeiro lugar devemos qualificar o serviço a prestar e em segundo o mais capaz para o exercício da função especializada¹⁹.

A função, tipificando o contrato, permite a colaboração condicionada à especialidade. A especialização, por sua vez, tem caráter exclusivo e excluyente; limitativo no sentido da escolha do particular; definidor na originária qualificação funcional.

Portanto, função e contrato não se identificam na relação contratual. Importa, e muito, por ser fundamental o problema da relação em face da validade. A questão, no ajuste, se é de lei, é também de legitimidade na contratação²⁰.

Na categoria, a colaboração exige determinação de concretas condições pessoais do particular, estando a Administração impedida de realizar a escolha com a discricionariedade, porque assim agindo vicia o seu ato e prejudica a relação jurídica, uma obrigação-dever que vem da lei e da natureza da função.

Obviamente, já que a função é definida, definida fica *de nome* a especialização. O contrato só se conclui porque antes estava nominado, na anterioridade, dizendo da função e de quem por ela pode responder. A provada capacitação é que torna válida a relação legal, não apenas o consenso das partes.

boração de natureza eventual à Administração Pública Federal sob a forma de prestação de serviços, retribuída mediante recibo, não caracteriza, em hipótese alguma, vínculo empregatício com o Serviço Público Civil e somente poderá ser atendida por dotações não classificadas na rubrica *pessoal*, e nos limites estabelecidos nos respectivos programas de trabalho”. Vide Decreto n. 66.715, de 15 de junho de 1970, que regulamentou a aplicação deste dispositivo.

18. Hely Lopes Meirelles, op. cit., p. 370.

19. Não se confunda, na categoria *colaboração*, os serviços contratados no regime da CLT. *In casu*, tais relações contratuais são de trabalho e regidas conforme a legislação trabalhista.

20. O que caracteriza a função especializada é a exigência de privatividade de conhecimentos também especializados. É o serviço, que na categoria *colaboração*, exige para seu desempenho, como impõe a natureza da função, além de habilitação profissional, capacitação adequada, como ocorre nos trabalhos de engenharia, nas tarefas puramente jurídicas, nas perícias técnicas, nas atividades internas de assessoramento, consultoria ou auditoria, não falando da importância da supervisão ou fiscalização geral de obras e serviços.

A capacitação *provada*, experiência pessoal e conhecimentos peculiares, técnicos ou profissionais, constitui na categoria a garantia da esperada colaboração. Falha a condição, fundamental por excelência, o contrato fica passível de anulação. Embora concluído, não alcança os efeitos e fere o mandamento contido na lei.

186. A NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO NO CONTRATO

No Brasil, a notória *especialização* ficou sendo de lei. Tanto a figura do contrato existe, que para formalizá-la dispensou-se a licitação²¹, requerendo, porém, critérios subjetivos difíceis de serem avaliados para a eleição do co-contratante. Sem dúvida, a aplicação da norma reveste-se de riscos, tal seja a natureza do serviço.

Contudo, no Direito brasileiro, a lei diz que a licitação “poderá ser dispensada”, não impedindo que a Administração adote critérios objetivos, isto é, abra processo instrumental ou licitatório quando pela sua natureza o serviço alcance valores variados de reconhecida capacidade profissional. O que se deve valorar, nos sistemas, é precisamente a correta seleção do contratante particular²².

Todavia, deferida a dispensa da licitação, convém à Administração verificar, mediante informações, alguns pressupostos que protegem a licitude no comportamento administrativo:

— como aquele “buscado dentro de critérios que surjam da inexistência de executores devidamente qualificados”;

— como aquele outro “quando se tratar de serviço relevante que exija capacitação pessoal de conhecimentos exclusivos”²³.

A abordagem melhor adequada à conduta legal administrativa nunca será outra que aquela fundada nos princípios gerais de direito, adotando a Administração, mesmo na possibilidade de dispensa licitatória, procedimentos regulares, recrutando a todos “que se encontrem em condições de formular ofertas”²⁴.

21. Pelo Decreto-lei n. 200, § 2.º, *d*, a licitação poderá ser dispensada: “na aquisição de materiais, equipamento ou gêneros que só podem ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo bem como na contratação de serviços com profissionais ou firmas de notória especialização”.

22. José Maria Boquera Oliver, *Valoración de los sistemas de selección del contratista*, I Congreso Internacional y IV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, Mendoza, 1977, p. 8-9.

23. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Comentários à reforma administrativa federal*, exegese do Decreto-lei n. 200, São Paulo, 1975, p. 285.

24. Julio A. Prat, *Procedimientos de contratación: valoración*, I Congreso Internacional y IV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, Mendoza, 1977, p. 9.

Também não se deve tirar da Administração em face da singularidade do serviço os *modos* lícitos de realização do interesse público, proibindo que busque a colaboração de especialistas “de indiscutível valor profissional na sua especialidade”, embora “o reconhecimento por critérios subjetivos” não deixe de carrear responsabilidade²⁵.

Para evitar juízos temerários, a notória especialização, quando dispensada a licitação, encerra no seu conceito não uma atividade arbitrária, mas sim discricionária, “voltada para a realização do interesse público, sob pena de desvio de poder, causa nulificante, só por si”²⁶. Entenda-se, portanto, que a colaboração aqui faz decisão *in genere*, baseada em dados lógicos e isentos de comparações discriminatórias.

In casu, a função e a natureza do serviço condicionam a discricionabilidade; a *função* porque deverá anteceder um ato superior de dispensa motivado e o *serviço* porque há de ser concreto nas qualificações singulares. Do contrário, a decisão *in genere* provoca responsabilidade, vem duvidosa diante da intenção legal ou do suporte fáctico.

Resta dizer que, nas áreas recursais, somente do exame de cada caso concreto, das condições e circunstâncias eventuais, integrantes do ato de dispensa, é possível na ocorrência da notória especialização examinar, *intuitu personae*, a figura do colaborador na prestação do serviço, tudo no sentido da validação da decisão excepcional.

25. Hely Lopes Meirelles, *Licitação e contrato administrativo*, São Paulo, 1975, p. 41-2.

26. Luiz Rafael Mayer, Parecer n. L-135, de 28 de fevereiro de 1977, publicado no *Diário Oficial da União*, n. 4.832.

OS CONTRATOS POSICIONADOS NAS CATEGORIAS ADMINISTRATIVAS

Sumário: 187. Finalidade e categorias. 188. A idéia de serviço nas categorias. 189. Execução e prestação nas categorias. 190. As diferenças na finalidade. 191. Os princípios nas contratações. 192. Categorias e forma. 193. As categorias no ordenamento positivo. 194. Direitos do co-contratante.

187. FINALIDADE E CATEGORIAS

Os contratos chamados de *participação* são aqueles pelos quais o serviço público a *prestar* transfere-se ao particular dentro de categorias tipicamente qualificadas na finalidade. Não podem ser estudados uniformemente porque diante do interesse administrativo diversificam-se conforme relações e obrigações.

Compete à doutrina estudá-los separadamente, já que a finalidade faz distância com respeito aos procedimentos executórios, cria situações jurídicas diversificadas pela motivação, tem origem e causa num interesse produtor de efeitos jurídicos antes determinados¹.

Ao contrário dos de *colaboração*, onde há de comum um serviço recebido que faz contratação, nos de *participação*, um ajuste formalizado que previne o acordo transformando-se em contrato por força do interesse público ativado com suporte na lei ou norma.

188. A IDÉIA DE SERVIÇO NAS CATEGORIAS

Nos sistemas ou regimes administrativos, o interesse público vinculado à idéia de serviço constrói uma unidade substancial representada pelos contratos concluídos com a Administração, *unidade* que somando relações e obrigações visa resultados especificamente procurados.

1. Ganha importância, na atividade pública da Administração, a noção de relação jurídica administrativa. Daí o motivo, fático e doutrinário, por que Mario Gallo dá a causa como condição objetiva ou subjetiva, ou seja, para nós, nas categorias, como critério diferenciador (v. *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, Padova, 1936, p. 15-73). Consulte-se, com respeito às características e à gestão de serviços públicos, Eduardo Soto Kloss, La contratación administrativa, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Santiago, 1978, t. 75, p. 57-8.

Sempre do Estado, os serviços públicos, embora tomem *figurações* distintas nas categorias, dependem da lei e das programações administrativas: da *lei*, permitindo a sua realização, e da *programação*, prevendo recursos próprios à execução ou à prestação continuada ².

Não obstante apareçam variáveis os *prazos* contratuais, refletem os prazos a natureza do próprio serviço, se é um serviço prestado à Administração ou um serviço prestado às comunidades ou coletividades públicas.

A distinção não é graciosa, pois na realidade há serviços que se prestam à Administração (obras públicas) e serviços que se prestam aos cidadãos (concessões em geral), cada categoria na sua expressão ganhando personalização jurídica.

189. EXECUÇÃO E PRESTAÇÃO NAS CATEGORIAS

A obra pública, a exemplo, traz, em si mesma, como características, a idéia da existência de um projeto aprovado, de recursos destinados à sua efetivação, de tempo para conclusão e entrega, de cláusulas que estipulem nas relações as conseqüentes obrigações ³.

Na concessão, para exemplificar, o Estado, permitindo a exploração de serviços, realiza acordos onde a eficiência e a continuidade na prestação afetam o interesse público de servir, garantindo-se ao concessionário justa retribuição financeira pelas inversões econômicas ⁴.

Entre as duas conhecidas figuras, nas respectivas categorias, as distinções flagrantes remetem o analista para o conhecimento:

— nas obras públicas, de modos executórios limitados à exclusiva realização do contrato;

— nas concessões, de modos executórios consumados pela prestação dos benefícios compromissados.

2. No geral, os serviços públicos podem ser gratuitos ou remunerados, a Administração paga ou paga o usuário. Entretanto, para cumprimento das obrigações públicas, é indispensável a programação financeira, a existência de uma equação econômica no sentido da execução ou da prestação.

3. Nas obras públicas o vocábulo correto é *executar* e nas concessões *prestar*. Nas *obras* o que se objetiva é construir algo ou alguma coisa material. Nas *concessões*, atender necessidades comuns essenciais às coletividades humanas. A terminologia, no Direito Administrativo, é importante para a caracterização das pessoas e das formas, porque se constituem nas esferas de atividade onde a Administração é responsável.

4. Na literatura clássica o conceito de obra ou de serviço traz noções jurídicas históricas ainda atuais. Consultar: Gaston Jèze, *Théorie générale des contrats de l'administration*, in *Les principes généraux de droit administratif*, Paris, 1936, t. 3, p. 977-1145; Recaredo F. de Velasco, *Los contratos administrativos*, Madrid, 1927, p. 79-237. Para Velasco, na categoria concessão, também pode haver contrato de obras públicas.

Na obra pública há propriamente a *execução* do serviço e na concessão a *prestação*; duas colocações, uma de *executar* e outra de *prestar*, que nas categorias contratuais colimam, em face do interesse público, *finalidades* que dão conteúdo às obrigações pactuadas.

190. AS DIFERENÇAS NA FINALIDADE

Aliás, todas as maiores categorias nominam-se exemplarmente, juntando elementos e características que no geral integram as contratações administrativas, tirante, entretanto, as diferenças dimensionadas na finalidade conforme o interesse público.

Sem dúvida, porque a finalidade domina a natureza do contrato, é por isso que eles ganham nome de batismo, nomeação que diante da vontade e dos efeitos jurídicos corresponde necessariamente a um tipo de atividade, como acontece nas cessões de *uso* ou concessão de serviço⁵.

Observe-se que, nas contratações administrativas, a Administração, como pessoa jurídica de Direito Público, assume posturas que sensibilizam o Direito Privado, ficando o hermenêuta frente a fatos relacionais, inclinado a harmonizar *numa só* as situações justapostas.

191. OS PRINCÍPIOS NAS CONTRATAÇÕES

Em todas as categorias contratuais, sem exceção para justificá-las, há a presença constante da Administração. A pessoa jurídica como *parte* exercitando atividades relacionadas com obras e serviços, tanto nas esferas econômicas como nos planos financeiros.

Com base na função e na competência desenvolvem-se trabalhos em diferentes níveis, com a Administração buscando a colaboração dos particulares ou a participação deles, nos quais os objetivos correspondem a instrumentos compatíveis com as finalidades perseguidas⁶.

5. A finalidade do contrato, sua forma, a escolha do co-contratante, obediência às regras peculiares, constituem o tipo de atividade na respectiva categoria. Ao contratante particular cabe prestar o serviço conforme as obrigações que aceitou. A questão *áreas econômicas* ou a *imprevisão* fazem fatos extracontratuais. O que importa, nas concessões de *uso* ou de *serviços*, é na origem o caráter distinto do tipo de ato administrativo. Pelo *uso*, fica o particular com a faculdade de *usar* um bem público, segundo sua destinação. Pelas concessões de *serviços* há, como veremos na oportunidade, o problema da transferência na prestação. Na categoria *uso* preexiste uma outorga. Na categoria *serviços* uma delegação de poder concedente definindo a finalidade da concessão.

6. Na prática da atividade administrativa, no geral, os instrumentos compatíveis são os mesmos admitidos no Direito Privado, não havendo razão, mesmo em face da finalidade, para que se alimentem dúvidas doutrinárias.

Na verdade, por força de contratos, o Estado suplementa atividades de conteúdo econômico. Não fica a Administração sozinha para atender a todas as necessidades públicas essenciais ou não. Apenas determina, ou declara sua vontade, na licitude e legitimidade.

Portanto, no campo das contratações administrativas a discricionariedade não assume papel de maior relevo, haja vista o princípio da igualdade e com ele os princípios da legalidade, da moralidade e da responsabilidade, atuantes nas relações públicas entre pessoas.

192. CATEGORIAS E FORMA

Cada categoria há de expressar um tipo de comportamento administrativo adequado às finalidades administrativas, uma forma instrumental por assim dizer de a Administração impor sua vontade ou convencionar interesses compulsórios a serem movimentados.

Em qualquer acordo contratual, na sua peculiar categoria, a finalidade impõe que a Administração tenha sempre “um objetivo certo e inafastável”, que é o interesse público⁷. O interesse público, *in casu*, em face da forma, ditando a conduta jurídica pertinente.

A categoria, em razão da forma, quando inobservada, vicia substancialmente o contrato, tornando-o passível de invalidação por motivo de causa, de finalidade e de eficácia. Forma e categoria, portanto, conjugam-se instrumentalmente no tocante às necessárias operações administrativas.

Do contrário, seria admitir a Administração *livre* para contratar, agindo divorciada da norma, da finalidade e da forma que na categoria dá estrutura aos compromissos contratualizados. A inexistência de categorias, nos ajustes públicos, induz à inexistência de exação nas relações e obrigações.

193. AS CATEGORIAS NO ORDENAMENTO POSITIVO

O posicionamento das categorias não é apenas uma questão de entendimento doutrinário, porém, um problema prático de conhecimento jurídico. O estudo delas, pelo menos das mais comuns, traduz dever temático que coloca *uma* a *uma* das figuras no devido lugar que lhes compete no ordenamento positivo.

Esta é a diretriz nos próximos capítulos, considerando como se formam e ficam concluídos os principais contratos administrativos, deixando

7. Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo, 1978, p. 71.

de lado as colocações genéricas e dando relevo concreto próprio às relações *constitutivas* criadoras de situações jurídicas⁸.

Partimos, assim, na continuidade de apreciação crítica, de uma premissa fundamental: a de que as contratações administrativas, nas suas múltiplas variantes, as tradicionais ou as novas, integrando-se no Direito Administrativo, superam os equívocos de que a Administração não possa atuar quando queira de pleno direito.

À raiz de um processo jurídico consolidado, as categorias contratuais administrativas vêm normalmente projetadas por normas de Direito Público, o que não impede a aplicação de normas do Direito Privado.

194. DIREITOS DO CO-CONTRATANTE

Na verdade, já vai longe a mística da *total* separação entre o Direito Privado e o Público. É o que se verifica quando o particular na sua vontade vincula-se à Administração e isso no sentido da realização de objetivos comuns.

Nos contratos, principalmente onde a Administração intervém, não prevalecem critérios subsidiários, nem analógicos. Tal se dá no de obras públicas. Acontece nas concessões pela participação do particular. Em todos os demais considerando os *direitos* do co-contratante⁹.

Quando o Estado, não contrariando o ordenamento jurídico, não pode unilateralmente submeter o particular no sentido de colaborar ou participar, de dar ou de receber obrigações, a aceitação voluntária de obras ou serviços só se efetiva graças à adoção de acordos gerando mútua consensualidade¹⁰.

Por conseqüência lógica, cada categoria, sobretudo as mais correntes, possui sua natureza própria determinada pela finalidade exclusiva. Finalidade que decorre de relações e obrigações, destacando-se, na constituição do acordo contratualizado, a condição que todo contrato deve ter, a *condição* chamada *eficácia*.

8. Julio A. Prat, Concepto y caracteres de los actos administrativos plurilaterales, Precisiones conceptuales y terminológicas, in *Derecho Administrativo*, Montevideo, 1978, v. 2, t. 3, p. 209-13.

9. Miguel Angel Berçaitz, Derechos del cocontractante, Derecho a exigir la colaboración de la administración pública, Derecho a exigir de la administración pública el cumplimiento de sus prestaciones, in *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, 1952, p. 325-8.

10. Fica ocioso falar em desigualdade das partes, quando o Estado, no regime de competência e na organização administrativa, consagra a existência de contratos entre *entes* públicos maiores ou menores, apresentando o argumento em face das categorias, argumento que não resiste a qualquer análise de crítica objetiva. Consultar: Mario Gallo, op. cit., p. 36-9 e 70-1.

7.^a PARTE

- CONTRATO DE OBRAS PÚBLICAS
- CONTRATO DE EMPRÉSTIMOS PÚBLICOS
- CONTRATO DE CESSÃO DE USO DE BENS PÚBLICOS
- CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

CONTRATO DE OBRAS PÚBLICAS

Sumário: 195. Obra pública como ajuste administrativo. 196. Obra pública e contrato de obra pública. 197. Modalidades e finalidades. 198. Contrato de empreitada. 199. Empreitada e lei civil. 200. Administração contratada. 201. Ajustamento contratual de tarefas. 202. Serviços de engenharia.

195. OBRA PÚBLICA COMO AJUSTE ADMINISTRATIVO

Figura clássica, o contrato de *obras públicas* realiza na finalidade a maior quantidade de tarefas conferidas à Administração, em qualquer nível de atuação governamental¹. De certa maneira, pertence à natureza das coisas imóveis, suscetíveis de materialização.

Na doutrina, amplos foram os estudos, uns de profundidade e outros de menor penetração, todos, porém, identificando pontos convergentes, posições estáveis e colocações objetivas². Na realidade, bem observando, não existem divergências. Todavia, as implicações de natureza jurídica continuam preocupando escolas e teóricos³.

Na categoria, “as obras públicas constituem modalidade especial de serviços públicos”, que não “são *permanentes* e não são *diretamente* prestados à comunidade”, pois “a vantagem que trazem à coletividade é indireta, como antecedente para a implantação dos serviços duradouros”⁴.

1. “No âmbito do Direito Administrativo das coisas, a teoria dos trabalhos públicos ou teoria das obras públicas ocupa lugar de grande relevo e apresenta fisionomia bastante original, fato esse que provém de sua antiguidade, conferindo-lhe uma espécie de *título de nobreza*, neste setor de Direito Público” (v. J. Cretella Júnior, *Contratos administrativos*, in *Tratado de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1967, v. 3, p. 87).

2. Consultar: Recaredo F. de Velasco, *Los contratos administrativos*, Madrid, 1927, p. 219; Miguel Angel Berçaitz, *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, 1952, p. 319; Marcel Waline, *Droit administratif*, Paris, 1963, p. 575; Jean Rivero, *Droit administratif*, Paris, 1965, p. 99; André de Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris, 1956, t. 1, p. 40.

3. Em tese, na literatura, vale mencionar: Antonio Cianflone, *L'appalto di opere pubblici*, Milano, 1950; L. de Carli, *La contratación de obras públicas*, Buenos Aires, 1960; Oswaldo M. Bezzi, *El contrato de obra pública*, La Plata, 1977.

4. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1974, p. 349.

Qualificando o conceito, “*contrato de obras públicas* é todo ajuste administrativo que tem por objetivo uma *construção*, uma *reforma* ou uma *ampliação* de imóvel destinado ao público ou ao serviço público”, prefigurando em sentido próprio administrativo “toda realização *material* a cargo da Administração ou de seus delegados”⁵.

Variável na extensão das finalidades, a participação do particular circunscreve-se aos *modos* de *execução*, limita-se ao tipo de trabalho que prometeu realizar, destacando-se na variedade o *regime adotado*, as estipulações que ficarem regras, as cláusulas que nas relações determinam obrigações.

A figura do particular, como participante no contrato, conforme a natureza do serviço, uma vez formalizado o acordo, fica subordinada aos cronogramas aprovados, à observância dos prazos estipulados, às condições financeiras avençadas, já que à Administração compete fiscalizar e supervisionar o interesse público.

196. OBRA PÚBLICA E CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

A participação do particular na realização de obras públicas parte do pressuposto de que a Administração não pode nem deve *administrar* sozinha, principalmente por não possuir satisfatórias condições para cumprir, no campo do Direito Administrativo, atividades necessárias, mediatas ou imediatas.

Não podendo ou não devendo, a Administração chama o particular para participar, dentro de critérios ajustados que, no geral, afetam nas obrigações:

- riscos normais que são do co-contratante;
 - operações mediante as quais se realizam coisas materiais;
 - sujeição do particular ao trabalho público conforme preço conven-
- cionado⁶.

Todavia, temos de considerar, no tocante às obras públicas, a liberdade das partes no ajuste dos compromissos contratuais, em *princípio* da Administração, que sabe dos recursos financeiros disponíveis, e *depois* do particular, que detém a vontade para aceitar estipulações de trabalho e cláusulas remuneratórias.

Por sua extensão, conforme a finalidade da prestação, o que exige estudo são os contratos concluídos com a Administração para a execução

5. Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo, 1978, p. 227.

6. É essa, em termos razoáveis, a posição primeira de Recaredo F. de Velasco; *posição* tomada sob inspiração de Gaston Jèze, Maurice Hauriou e H. Berthelemy (op. cit., p. 200).

de obras públicas, não as hipóteses de realização direta, não os casos de obras financiadas pelos próprios usuários⁷.

Um contrato de obra pública, pois, só se define como aquele pacto jurídico “que a Administração celebra para a execução de uma obra, retribuindo ao contratante mediante um preço”, ficando, *in casu*, clara a diferença conceitual entre “obra pública e contrato de obra pública”⁸.

A distinção conceitual ganha importância porque numa contratação há relações e obrigações, ao passo que quando a Administração não contrata e realiza o problema tem colocação na ordem interna administrativa, sem qualquer vinculação a interesses particulares.

197. MODALIDADES E FINALIDADES

Considerando posições, na realidade da dinâmica estatal, “obra pública, *lato sensu*, é toda atividade que recai sobre imóveis, exercida, direta ou indiretamente, por pessoa jurídica pública, na consecução dos seus próprios fins”⁹.

Temos como resultante do exame da definição a presença de um tipo de atividade, de uma pessoa jurídica pública atuando com legitimidade, de algo de material a realizar no interesse público, de uma finalidade adequada a modos procedimentais administrativos.

Quanto aos modos procedimentais, adotados os *indiretos*, estamos diante da figura típica do contrato administrativo, valendo-se a Administração, nas esferas de organização político-administrativa, de processos que se consumam no regime de execução:

- por intermédio do contrato de empreitada;
- por meio de administração contratada;
- pelo ajustamento de tarefas.

Na verdade, as três modalidades fazem problema de finalidade e execução. O contrato, porém, efetiva-se quando incluído, firma relações e conseqüentes obrigações. É o particular ajustando formalmente com a Administração o trabalho a realizar e o *quantum* devido pela participação.

7. Embora a Administração possua o poder de controle de todas as obras públicas, a execução direta é um problema interno administrativo e as financiadas (ex.: pavimentação de ruas) uma obrigação apenas dos organismos competentes, comprometidos com os proprietários beneficiados.

8. Julio A. Prat, Los actos y los contratos administrativos, in *Derecho administrativo*, Montevideo, 1978, t. 3, v. 2, p. 286; Jaime Vidal Perdomo, *El contrato de obras públicas*, Bogotá, 1979, p. 19-25.

9. J. Cretella Júnior, Contrato de obra pública, in *Curso de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1977, p. 389; Jaime Vidal Perdomo, *El contrato de obras públicas como contrato administrativo*, in op. cit., p. 19.

198. CONTRATO DE EMPREITADA

Mediante o chamado *contrato de empreitada*, fica estabelecida “a relação jurídica entre o Estado, de um lado, e o empreiteiro, de outro lado, respondendo este pela execução integral do serviço contratado” ¹⁰.

A empreitada, em face da própria denominação, tem por escopo fazer o particular participar em caráter pessoal da relação de serviço, pois tal categoria de contrato implica um tipo de trabalho cujas características aparecem por delegação, ficando o empreiteiro com a responsabilidade técnica da obra conforme planos administrativos.

Na espécie, todos os serviços suplementares, indispensáveis à execução, vinculam-se ao contratante particular e não à Administração. O co-contratante responde pela qualidade do levantamento da obra até a sua conclusão ¹¹.

À semelhança dos contratos civis, na categoria administrativa, o contrato de empreitada entrega ao particular “a execução da obra por sua conta e risco, mediante remuneração previamente ajustada”, embora os princípios sejam aqueles que regem os contratos administrativos ¹².

A remuneração do particular é, nas empreitadas administrativas, apenas uma questão que decorre do tempo de execução e dos valores financeiros equacionados na convenção, precisamente porque só pelos estudos técnicos é possível determinar o desenvolvimento dos trabalhos de execução.

199. EMPREITADA E LEI CIVIL

Acontece que, mesmo nas áreas de ação pública, onde o Direito Público se faz dominante, não pode o Direito Administrativo desconhecer preceitos civis consagrados no ordenamento jurídico positivo.

Há situações naturais e lógicas que se transportam ao Direito Administrativo no contrato de empreitada concluído pela Administração, qualificando certos princípios como:

— “quando o empreiteiro fornece os materiais, correm por sua conta os riscos até o momento da entrega da obra, a contento de quem a encomendou, se este não estiver em mora de receber; estando, correrão os riscos por igual contra as duas partes”;

— “se o empreiteiro só forneceu a mão-de-obra, todos os riscos, em que não tiver culpa, correrão por conta do dono”;

— “tudo que se pagou, presume-se verificado”;

10. J. Cretella Júnior, op. cit., p. 392.

11. Via de regra, a suspensão ou terminação por inconveniência dos preços ajustados “só tem lugar quando não se chega a um acordo com respeito ao reajuste” (v. Eustorgio Sarria, *Derecho administrativo*, Bogotá, 1957, p. 202).

12. Hely Lopes Meirelles, op. cit., p. 225.

— “concluída a obra de acordo com o ajuste, o dono é obrigado a recebê-la; poderá, porém, rejeitá-la, se o empreiteiro se afastou das instruções recebidas e dos planos dados, ou das regras técnicas em trabalhos de tal natureza”;

— “o empreiteiro é obrigado a pagar os materiais que recebeu, se por imperícia os inutilizar”;

— “nos contratos de empreitada de edifícios ou de outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho. Assim, em razão dos materiais, como do solo; quanto a este se, não o achando firme, preveniu em tempo o dono da obra”¹³.

Aplica-se aos contratos de empreitada, embora as relações sejam públicas e visem o interesse público, a inteligência dos preceitos que são gerais no Direito Civil, dos princípios que integram o ordenamento jurídico positivo, das regras que resultam de expressos condicionamentos legais.

200. ADMINISTRAÇÃO CONTRATADA

Constitui a *administração contratada* regime onde as obrigações, diante de uma obra pública, formalizam-se:

— por uma equação econômica que protege o contrato na execução, cabendo ao responsável, pela obra, *percentuais* que correspondem ao valor das inversões necessárias e dos custos necessários à sua realização;

— a execução, assim, em razão da equação econômica, depois de confiada ao particular, determina-se pelo cumprimento dos planos técnicos e participação do executor nos resultados conforme o ajustado para o desenvolvimento dos trabalhos¹⁴.

É esta uma categoria, a da *Administração contratada*, ou seja, da administração contratada de obra pública, bastante usual e comum nos regimes administrativos, exigindo:

— recursos financeiros que previnam a normal execução;

— escolha possível do melhor co-contratante, conforme a natureza do serviço.

Pela tônica jurídica que dá sentido à figura da administração contratada, a “execução das obras públicas é entregue pelo Estado a terceiros,

13. Código Civil Brasileiro, arts. 1.238 a 1.245. No tocante às licitações para obras ou serviços, admitirão os seguintes regimes de execução: I — empreitada por preço global; II — empreitada por preço unitário; III — administração contratada.

14. Na França, a categoria, inserta na *régie intéressée*, ao contrário da *exécution en régie*, tem base na remuneração do co-contratante, na “*diversité des modes de rémunération*”, porque “*les modes de rémunération du cocontractant diffèrent sensiblement selon les catégories des contrats*” (v. André de Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris, 1956, t. 2, p. 203).

recebendo estes, da Administração, determinada percentagem”¹⁵. Mas a entrega não é livre, nem a eleição do co-contratante. Apenas o modo de remuneração se faz diferente.

201. AJUSTAMENTO CONTRATUAL DE TAREFAS

Grande ou reduzida a obra pública, o contrato sempre vem a título oneroso, ficando obrigados tanto a Administração como o particular às prestações que se estimam reciprocamente equivalentes, as *obrigações* no acordo gerando direitos para as partes¹⁶.

Inclusive, nos pequenos serviços, a que chamam *tarefas*, quando incidem sobre obras públicas, a onerosidade coloca a Administração a nível do particular, pouco importando o valor econômico em face do interesse público nas hipóteses de reparos ou conservação de próprios estatais.

O contrato por tarefa resolve para a Administração inúmeros problemas menores quando também nos maiores busca-se o auxílio do particular num ajuste enquadrado no capítulo das obras públicas, embora tome feição e forma de colaboração¹⁷.

Ademais, dada a essência de todo ajuste contratual de tarefa, tal e qual nos contratos de colaboração, o *preço* configura maneiras que se integram na execução, vingando o caráter de participação em virtude do equilíbrio financeiro que deve presidir as relações na reciprocidade.

Aproxima-se o conceito de *tarefa* da noção de *empreitada* devido à qualidade ou porção de trabalho que se deve realizar em determinado tempo, ficando a figura do *tarefa* semelhante à do *empreiteiro*, guardadas, porém, condições ditadas pela natureza da coisa na sua suficiência material.

202. SERVIÇOS DE ENGENHARIA

No Direito brasileiro, os contratos de obras públicas genericamente constituem *serviços de engenharia*. Possuem disciplinação específica, regulação adequada a fins, normas obrigatórias de conduta administrativa, regras mediante as quais ativam-se os procedimentos seletivos¹⁸.

15. “Todo material e mão-de-obra são fornecidos pelo Estado” (v. J. Cretella Júnior, op. cit., t. 3, p. 93).

16. Rafael Bielsa, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1941, t. 1, p. 443-53.

17. Rafael Bielsa, *Derecho administrativo*, cit., p. 443-53.

18. Decreto n. 73.140, de 9 de novembro de 1973, que regulamenta as licitações e os contratos relativos a obras, e dá outras providências, tendo em vista o disposto nos arts. 125 a 144 do Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967.

Numa larga visão das obras públicas que demandam serviços de engenharia, previne-se no Direito brasileiro a licitação, suas modalidades e atos convocatórios, exigências na habilitação, matéria de processamento e julgamento, os recursos, a contratação, garantias e penalidades, bem como a fiscalização e o recebimento do trabalho concluído ¹⁹.

Dentro de um limite maior, exatamente determinado, pessoas poderão ser contratadas com a Administração mediante anúncio público das condições de qualificação e seleção, ficando claro pelo caráter imperativo da norma que a execução “será contratada com o licitante classificado em primeiro lugar” ²⁰.

Com respeito à contratação, poder-se-á efetivar pelo regime de empreitada, por preço global ou preços unitários, ou, então, por administração contratada. Conforme a natureza da obra admite-se a *combinação* das modalidades, objetivando que a execução alcance tecnicamente resultados compatíveis com o ato convocatório.

Além de qualificar as partes, os trabalhos programados a executar e sua natureza, fases ou etapas executórias, cronogramas físicos e financeiros, o controle tem no ato convocatório a ordenança fundamental, cláusulas vinculantes das relações do ajustado, as garantias, a possibilidade ou não de reajustamento dos valores convencionados.

19. Decreto n. 73.140, art. 1.º: “As licitações e os contratos, relativos a obras e serviços de engenharia, reger-se-ão, na Administração Federal direta e autárquica, pelas normas do Título XII do Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, e pelas disposições deste decreto”.

20. Decreto n. 73.140, art. 49.

Capítulo XXVI

CONTRATO DE EMPRÉSTIMOS PÚBLICOS

Sumário: 203. Autorização e contrato de empréstimo. 204. Contratos como operações de crédito. 205. Duplo caráter dos empréstimos públicos. 206. Natureza jurídica da relação de crédito. 207. Créditos que resultam de empréstimos públicos. 208. Qualificação econômico-financeira dos empréstimos. 209. Exorbitância no regime e responsabilização. 210. O empréstimo público na categoria administrativa.

203. AUTORIZAÇÃO E CONTRATO DE EMPRÉSTIMO

Embora a liberdade de contratar faça um pressuposto inalienável nos contratos concluídos com a Administração, muitas vezes o exercício dessa liberdade vem condicionado a normas e regras que, insertas em princípios fundamentais, constituem indispensável *ato de autorização* ¹. É o caso, sem dúvida, dos contratos de empréstimos públicos.

A rigor, a questão, como se coloca, é mais de lei que doutrinária. Com isso, a lei não tira, nas operações internas ou externas, a capacidade da Administração para promover empréstimos públicos. Quanto à figura do contrato, na categoria, essa aparece tipicamente qualificada nos elementos e requisitos ².

Objetivamente, nas relações, surpreende a tipicidade ou a categoria, já que os empréstimos públicos, quando realizados, afetam obrigações iguais

1. Constituição brasileira, art. 42, inc. IV — “Compete privativamente ao Senado Federal: autorizar empréstimos, operações ou acordos externos, de qualquer natureza, de interesse dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ouvido o Poder Executivo Federal”. Este é, no Brasil, o princípio geral de base. Princípio que decorre da relação administrativa e da necessidade de controle da União sobre os créditos estaduais e municipais. Todavia, a questão jurídica é de natureza política na organização estatal.

2. “Qualificado o empréstimo público como contrato, fica evidente o necessário pressuposto da liberdade de contratar. Quanto ao caráter contratual das relações jurídicas de empréstimos públicos, dúvida não há na literatura jurídica elaborada a propósito” (v. Geraldo Ataliba, *Empréstimos públicos e seu regime jurídico*, São Paulo, 1973, p. 6-17).

às de credor e devedor. Na prática, não obstante a incidência legal nos regimes, tais contratações visam motivações e finalidades marcadas de reais valores financeiros ³.

Tudo depende, com respeito à motivação e à finalidade, do interesse público programado, ou seja, da Administração necessitar para desenvolver *programas* de recursos especiais ou extraordinários, de *recursos* financeiros suficientes além dos orçamentários e tributários. Por isso envolvem garantias, crédito e obrigações ⁴.

Genericamente constituem pactos consensuais limitados a determinados fins, sujeitos a uma disciplina jurídica toda especial, porque mesmo consentido não afasta o princípio da responsabilidade, e não afasta porque ficam permanentes nos compromissos a legitimidade e o caráter oneroso da operação administrativa ⁵.

Conforme autorização, o contrato de empréstimo público pode alcançar, na busca de recursos financeiros, áreas econômicas internas ou externas, as *internas* nacionais e as *externas* estrangeiras, mantendo contudo as mesmas características essenciais, a motivação, a finalidade, cláusulas que projetam a captação e a respectiva aplicação.

204. CONTRATOS COMO OPERAÇÕES DE CRÉDITO

Considerando o contrato de empréstimo como uma operação de crédito, tem ele “por objeto prover a Administração de somas de dinheiro

3. Na esteira de Gaston Jèze, dos contratos de empréstimos como contratos públicos, a escola francesa assumiu posições práticas objetivas. Consultem-se: Jean Rivero (*Droit administratif*, Paris, 1960, p. 9); André de Laubadère (*Droit administratif spécial*, Paris, 1958, p. 37; Marcel Waline (*Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, 1960, p. 557-60). Na verdade, o empréstimo público é um contrato administrativo, como o de obras públicas ou concessões de serviços. Diferem, na categoria, pela motivação e finalidade.

4. “Deixando de recorrer a recursos orçamentários ou tributários, a Administração só pode, *in casu*, contratar: *a*) por imposição do interesse público que esteja a exigir de imediato obras ou serviços; *b*) quando da existência prévia de lei, condicionando obrigações e o regime jurídico do contrato. As contratações de empréstimo, tanto as internas como as externas, assumem atualmente grande importância nos esquemas de planejamento nacional como na esfera da cooperação internacional. Sob o aspecto formal envolvem garantias, compromissamentos públicos e crédito” (v. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Contratos de empréstimo público*, in *Curso de direito administrativo*, São Paulo, 1979, p. 221-2).

5. “Assim, a lei que autoriza a realização de uma operação de crédito deve obedecer à lei nacional e às resoluções do Senado. O Executivo, ao fazer uso da autorização legal, deve obedecer a todas as normas, bem como às leis da pessoa política de que é órgão. O negócio de crédito é consumado pelo Poder Executivo, com base em autorização legislativa. Quem contrata empréstimo com o Poder Público deve saber quais os limites e condições legais desta especial contratação” (v. Geraldo Ataliba, *op. cit.*, p. 45-7).

indispensáveis para atender gastos urgentes ou extraordinários do serviço público ou a realização de planos definidos de desenvolvimento geral”⁶.

Duas são as características essenciais acima apontadas:

— é *interno* quando os recursos procurados correspondem e se amortizam em moeda nacional;

— é *externo* quando os recursos recebidos correspondem e se amortizam em moeda estrangeira.

Na prática das relações administrativas, por exemplo, as compras que a Administração pretenda fazer no estrangeiro, com prazo determinado e preço ajustado, “consideram-se como operações de crédito, e, em consequência, regem-se por normas do contrato de empréstimo”⁷. Ao Direito Administrativo, pois, cabe investigar pessoas, legitimidade e a destinação dos recursos obtidos.

De uma maneira geral é assim em todos os empréstimos públicos, já que, visando interesses públicos, as partes ficam comprometidas entre si em face do regime, não falando do papel ativo da Administração nos procedimentos que adota para juridicamente efetivá-los⁸.

O que se precisa avaliar, nas relações, é a posição da Administração, tendo em conta que os empréstimos públicos não podem ser analisados “como um contrato de empréstimo de direito privado”⁹. Basta para entendê-los, além das relações, a finalidade e as obrigações que são administrativas.

205. DUPLO CARÁTER DOS EMPRÉSTIMOS PÚBLICOS

Na expressão mais simplista, o empréstimo público “é um procedimento pelo qual entidades estatais obtêm dinheiro ou meios econômicos destinados ao cumprimento dos seus fins”, tipificando “uma obrigação autônoma unilateral, eficaz por si mesma”¹⁰.

De unilateralidade partem os pressupostos da bilateralidade, o que a Administração deve cumprir conforme as condições do acordo realizado, as estipulações consignadas entre as partes, uma oferecendo recursos financeiros e outra recebendo valores com cláusulas de amortização e resgate.

6. Eustorgio Sarria, Contratos administrativos, in *Derecho administrativo*, Bogotá, 1957, p. 200.

7. Eustorgio Sarria, op. cit., p. 200.

8. Gaston Jèze, Théorie générale des contrats de l'administration, Contrat d'emprunt public d'État, in *Les principes généraux du droit administratif*, Paris, 1934, t. 3, p. 24-7.

9. Enrique Sayagues Laso, *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, 1959, t. 2, p. 127.

10. Julio A. Prat, Los actos y los contratos administrativos, Contrato de empréstimo público, in *Derecho administrativo*, Montevideo, 1978, v. 2, t. 3, p. 289.

Todavia, não somente o serviço público faz motivação ou finalidade, como pode ocorrer com os contratos de empréstimos públicos, onde as causas também podem ser encontradas na obtenção de fundos para o atendimento de “necessidades financeiras do Estado” ¹¹.

Aliás, os contratos de empréstimos públicos apresentam um duplo caráter:

— são de ordem pública e nascem de manifestação expressa da vontade administrativa;

— importam numa finalidade pública, de serviço ou mesmo de necessidade, onde a Administração compromete-se como devedora.

Em ambos os aspectos há flagrante subordinação jurídica ao formalmente pactuado, resultando a *subordinação* do direito que rege tais contratações, das cláusulas regedoras, das condições que criando situações jurídicas obrigam tão-somente a Administração depois de consumadas.

206. NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO DE CRÉDITO

Releva conhecer que podem surgir serviços exigindo meios econômicos que excedem os orçamentários, recomendando que a Administração solicite recursos que se prestam voluntariamente. Então aparece a figura do empréstimo na sua categoria suplementando a atividade administrativa peculiar.

Há, por isso, uma causa a determinar, chamada *motivação*. Impondo o empréstimo mediante valores “ou quantidades entregues voluntariamente ao Estado debaixo de diversas condições de reciprocidade que não se podem fixar de antemão porque variam extraordinariamente” ¹², a variedade faz tipos na mesma categoria.

Por virtude da lei, não esquecendo os regimes, estando as partes submetidas ao Direito Público, os contratos de empréstimo hão de consignar preceitos que protejam as rendas tributárias e as imunidades fiscais, *preceitos* que na verdade exorbitam dos Códigos Cíveis e do Direito Privado.

Não trabalha a Administração, nos empréstimos públicos, em nome do Estado soberano, senão em condições de igualdade. Tal pacto dá lugar a um vínculo jurídico assemelhado ao dos devedores particulares, sobretudo porque vem despojado do seu caráter civil ¹³.

Evidentemente, trata-se, aqui, de determinar a natureza jurídica das relações de crédito, *relações* que dimanam na categoria de um figurado tipo de empréstimo público. Variáveis na motivação ficam variáveis na finalidade, deixando o estudioso amarrado aos casos concretos.

11. Miguel Angel Berçaitz, *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, 1952, p. 205.

12. Recaredo F. de Velasco, *Los contratos administrativos*, Madrid, 1927, p. 281.

13. Consultar Recaredo F. de Velasco, com apoio em Laband, Presutti, Meucci e Mayer (op. cit., p. 287).

Vale dizer, examinando a face negativa dos empréstimos públicos, que há um lado moral nas obrigações contratuais concluídas, já que o devedor pode não cumprir as estipulações ajustadas e o credor não possuir meios para forçar o devedor a responder pelos compromissos assumidos.

207. CRÉDITOS QUE RESULTAM DE EMPRÉSTIMOS PÚBLICOS

Chegam consagrados da velha escola alguns pressupostos ainda agora fundamentais diante da realidade objetiva:

— o empréstimo público “é um ato de soberania realizado com um propósito político”;

— “é um ato legislativo”;

— esbarra “nos poderes limitados dos tribunais pelo seu caráter aleatório”;

— “carece de procedimento executório”¹⁴.

Nem por isso deixam de existir na verdade das relações jurídicas e com suporte em expressa autorização legal. Diferem, entretanto, dos demais contratos administrativos por falta de garantias reais, ou seja, por falta de eficácia jurídica no tocante à exigibilidade, quando não cumprido.

Os créditos contra a Administração, resultantes de empréstimos públicos, mesmo que constituam *direitos* contra o Estado, na sua liquidação, possuem limites excepcionais em virtude de fatos que possam envolver a economia e os negócios financeiros, não se falando dos privilégios de que dispõe o poder administrativo.

Juridicamente, pelo afirmado, conhecendo relações, “o empréstimo público é, antes de tudo, um contrato, tanto por seu objeto e fim, como por serem os sujeitos da relação contratual pessoas administrativas, isto é, públicas (ao menos uma delas)”, faz matéria de Direito Administrativo¹⁵.

Constituem-se, *in casu* e nas espécies, pela participação dos sujeitos públicos, relações e obrigações administrativas, estipulações e cláusulas aceitas na reciprocidade, pelo que se pede e se recebe em troca, pela outra parte que, atendendo às solicitações, empregou valores a serem resgatáveis.

208. QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DOS EMPRÉSTIMOS

Duas preocupações, na prática, sensibilizam a doutrina, resguardando, nos contratos de empréstimos, situações jurídicas e obrigações relacionais:

— uma de caráter *econômico*, porque tais contratos visam atender prioridades na escala dos serviços públicos;

14. Recaredo F. de Velasco, op. cit., p. 209-10.

15. Rafael Bielsa, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1943, t. 1, p. 472.

— outra de caráter *financeiro*, porque sem motivação não se compromete a capacidade de endividamento público ¹⁶.

Sem dúvida, um contrato de empréstimo não seria praticável, não existisse a convicção de que uma determinada situação de fato (motivação) venha impondo ou legitimando a sua prática. A trilogia que aparece flagrante — legalidade, moralidade e oportunidade — faz fatores justificantes na busca de recursos excepcionais.

Sabemos que a Administração está sujeita a uma fiscalização muito mais ampla que o particular na sua atividade contratual. Nos empréstimos públicos, principalmente, para que o ato seja legítimo, *in genere*, deve vir conforme o autorizado em lei, valorando a motivação com respeito à finalidade, e formal nas projeções cautelares.

Por outro lado, e com mais profundidade nos contratos de empréstimos, convém atentar para o sentido do elemento *motivação*, de constante presença nas contratações administrativas, fundamental para apuração da legalidade, harmonizando o direito com os fatos, a vontade na oportunidade com a conveniência econômica ¹⁷.

Embora o mérito represente nos empréstimos valor de ponderação política, também significa boa gestão ou moderação econômica. Compreende-se, por aí, as dificuldades da doutrina para avaliar atos em razão da sua conexão com a motivação e a finalidade, a fim de que possam ser evitados desvios de poder.

209. EXORBITÂNCIA NO REGIME E RESPONSABILIZAÇÃO

Desvio de poder *sim* e não desvio de finalidade, porque a finalidade, vindo definida no contrato, pode sofrer, depois de recebidos os recursos solicitados, alteração de propósitos com aplicação diferente do que foi ajustado, desvirtuando, assim, por força de poder, a motivação que determinou o empréstimo público.

Na verdade, a categoria *empréstimos públicos* contrasta com as outras categorias, porque não se “funda sobre textos, mas sobre o fato de que o regime jurídico constitui-se de regras exorbitantes do direito comum” ¹⁸. A exorbitância, *in genere*, vai da motivação à finalidade, alcançando os procedimentos executórios.

16. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, op. cit., p. 221.

17. É uma só, nos empréstimos públicos, a destinação dos recursos obtidos. Em matéria de serviços, de organização e de lei, prevalecem as normas administrativas. O desvio de finalidade, com respeito à destinação dos empréstimos concluídos por contratos consumados, constitui ponto de alta importância no Direito Administrativo, fazendo problema de responsabilidade.

18. André de Laubadère, Les contrats d'emprunt public, in *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris, 1956, t. 1, p. 121-2.

A exorbitância, por sua vez, não está no contrato, mas no regime. As particularidades e formalidades, de índole jurídica que não afeta os elementos, no entanto não evitam comprometimentos da capacidade de endividamento da Administração, “plantando inquietudes no terreno econômico, financeiro e jurídico”, dificilmente sanáveis, não havendo responsabilização¹⁹.

Torna-se válida a advertência em virtude da existência da norma legal que dá suporte aos empréstimos públicos, sobretudo os *externos*, que são os mais freqüentes, já que pressupõem “uma autorização radicalmente legislativa e que seu fundamento não é um ato de soberania, mas econômico-financeiro”²⁰.

Dai porque a primeira indagação, que se coloca diante da doutrina, está em saber se a Administração pode deixar de cumprir a obrigação contraída ou simplesmente suspender o cumprimento, considerada a natureza jurídica da contratação e as mudanças que possam alterar posições em face do interesse público.

Um ponto, sem dúvida, merece a atenção da doutrina e da hermenêutica: “os empréstimos têm geralmente sua origem no poder administrativo, que é quem pede a autorização ou aprovação, com o qual se integra o ato administrativo do empréstimo, cuja forma jurídica é a do contrato de Direito Público”²¹.

Via de regra geral, determinada a natureza jurídica da relação e o caráter contratual do ato, o incumprimento das obrigações não permite a nenhuma das partes *novar* os compromissos, nem modificar as cláusulas, senão por acordo de vontades²².

Todavia, na falta de cumprimento, duas medidas, como solução, ficam possíveis de serem tomadas: a da extinção ou a da conversão contratual. A primeira por amortização, isto é, mediante pagamentos parcelados. A segunda pela novação, alterando as obrigações e não os elementos constitutivos. Em qualquer hipótese é de considerar a natureza das relações contratuais.

19. Jaime Vidal Perdomo, El contrato de empréstimo, in *Derecho administrativo*, Cali, Colombia, 1977, p. 437.

20. Rafael Bielsa, op. cit., t. 1, p. 475.

21. Rafael Bielsa, op. cit., t. 1, p. 476.

22. “Prevendo circunstâncias de ordem econômica ou financeira, o Estado pode estabelecer cláusulas que o permitam regular o cumprimento do contrato durante uma crise econômica ou uma perturbação financeira. Mas, bem entendido, elas devem ser estabelecidas na oferta ou no convênio definitivo” (Rafael Bielsa, op. cit., t. 1, p. 478). Sustenta porém João Alves da Rocha Loures que a cláusula *rebus sic stantibus* é aplicável aos contratos de empréstimos públicos externos, não para liberar as obrigações de solver a dívida ou suspender a execução, mas para possibilitar o reembolso na medida real das possibilidades financeiras do Estado devedor, desde que fatos hajam tornado excessivamente onerosos os encargos assumidos e, por consequência, relativamente impossível a execução (*v. Da cláusula “rebus sic stantibus” nos empréstimos públicos externos*, Rio de Janeiro, 1936, p. 166).

210. O EMPRÉSTIMO PÚBLICO NA CATEGORIA ADMINISTRATIVA

Em suma, os contratos de empréstimos públicos, na área do Direito Administrativo, são aqueles dependentes de uma motivação e vinculados a uma exata finalidade de serviço²³. Correspondem, na ordem jurídico-administrativa, a acordos para obtenção de recursos em favor da Administração para consecução material de coisas.

Ficam inconfundíveis, portanto. No geral, buscam *financiamento* de obras e serviços públicos. O que se quer, nos empréstimos concedidos à Administração, é que venham objetivando necessidades públicas qualificadas e que assim se constituam como investimentos. Melhor dizendo: recursos advindos de fontes estranhas aos orçamentos nacionais.

No empréstimo público, inserido na categoria de contrato administrativo, exigindo regime próprio no campo do Direito Administrativo, questiona-se em torno de recursos que se destinam a serviços perfeitamente qualificados. Na esteira não se enquadram, *in genere*, os regulados pelo Direito Privado.

Assinale-se que não podemos simplesmente dizer que os empréstimos públicos não sejam contratos administrativos, quando, nos aspectos jurídicos, observamos o ato administrativo que fica contratual, a capacidade da Administração para criar relações e negociar modos de prestação, amortização ou conversão²⁴.

Por essa razão, quando em Direito Administrativo, à semelhança do que ocorre no Direito Financeiro, se fala em empréstimo público, a idéia alcança a Administração como parte, tendo porém como motivação e finalidade determinado serviço público necessário. A outra parte como prestadora dos recursos solicitados.

Formalizado o contrato, recebidos os recursos, restam as obrigações; de um lado a obrigação de resgatar a dívida, e de outro a obrigação de a Administração cumprir os objetivos para os quais se realizou a contratação.

23. É indispensável uma distinção: nos contratos administrativos de empréstimo público a finalidade corresponde a um serviço público. Exemplo: construção ou extensão da rede de água e esgoto, construção de obras públicas, busca de recursos nos contratos de concessão. Diretamente, tais contratações têm por escopo a execução de serviços administrativos necessários carentes de disponibilidades financeiras. Não se confundem, portanto, com aqueles contratos que, sob a égide do Direito Privado, representam negócios jurídicos e que pertencem à Ciência das Finanças ou ao Direito Econômico. Haja vista, também, aqueles contratos chamados *compulsórios*. Nestes, os compulsórios, "o regime jurídico é absolutamente idêntico ao dos impostos. Sua instituição, lançamento e arrecadação se regem integralmente pelas normas que informam o regime tributário" (v. Roberto Rosas, *Empréstimo compulsório*, RDA, 102:71, Rio de Janeiro, 1970).

24. J. C. de Assis Ribeiro, *Dos empréstimos públicos, Consolidação, Conversão, Amortização, Resgate*, in *Análise jurídica do crédito público*, Rio de Janeiro, 1954, p. 91-4.

O caráter aleatório é problema que só fica avaliável *a posteriori*, tais sejam as manifestações de interesse público.

A questão, já agora, é de realidade na atividade administrativa, ficando irrelevantes especulações em torno da tese contratualista, dominante nas práticas correntes e de larga projeção na efetivação de acordos internos ou externos que possibilitem recursos financeiros para determinados fins ²⁵.

Não obstante haja exorbitância ainda após a contratação, o elemento confiança ou moral, no cumprimento das obrigações, focado o serviço público à espera da materialização ou ampliação, sempre está presente a Administração na sua posição de sujeito ativo da relação jurídica comutativa e onerosa.

25. Consultem-se, na evolução do pensamento doutrinário, pela ordem: Gaston Jèze, Recaredo F. de Velasco, Jean Rivero, Marcel Waline e André de Laubadère.

CONTRATO DE CESSÃO DE USO DE BENS PÚBLICOS

Sumário: 211. Cessão e vontade de contratar. 212. As posições na relação jurídica. 213. Cessão e obrigações. 214. Natureza jurídica das cessões. 215. Requisitos administrativos nas cessões. 216. O elemento finalidade nas cessões. 217. Cessões e concessões.

211. CESSÃO E VONTADE DE CONTRATAR

A cessão, na hipótese de bens públicos, espécie de autorização pela sua natureza jurídica, possui caráter de contrato por assentar em efetivos aspectos relacionais:

— a Administração entrega bens do domínio público para uso do particular;

— a entrega ao particular vincula o cedente ao cessionário diante da finalidade;

— a retribuição do co-contratante ajusta-se à vontade das partes.

Pode a *cessão*, na sua categoria, também ser chamada de contrato de exploração de áreas físicas, comprometendo-se o co-contratante a usá-las com seus próprios recursos e meios, por sua conta e risco, sempre porém em nome da Administração cedente¹.

Contratos não muito comuns na aplicabilidade, em princípio, transferem obrigações administrativas, requerendo, para sua validade jurídica, prévia autorização, em virtude da afetação condicionada de bens públicos. O problema, todavia, é de regime ou de lei.

Conquanto na *autorização* haja um ato unilateral concessivo transformado em obrigações bilateralizadas, nas *cessões* há de antemão a intenção do acordo e a vontade de contratar, criando, pelo entendimento, as figuras do cedente e do cessionário.

1. Diferem na concessão de serviços públicos porque nesta há um serviço econômico a prestar e a explorar, conquanto na cessão de uso há bens do domínio público cedidos no interesse público para a possível exploração do particular. Na afetação, mesmo precária, de um patrimônio público, reside o móvel contratual. Não se trata nominalmente de uma cessão de *direitos* sobre a coisa, mas de uma cessão de direitos sobre o *uso* da coisa. Em parte, as *cessões administrativas* vêm assemelhadas aos *contratos de risco*.

212. AS POSIÇÕES NA RELAÇÃO JURÍDICA

Duas situações, nas cessões administrativas, exigem apontamento doutrinário:

- as cessões não formalmente autorizadas *não* conferem direitos;
- as cessões autorizadas podem conferir ou não direitos.

O cessionário é, como se depreende da relação, um particular que aceita e recebe, em caráter transitório, *consentimento* para ocupar coisa pública, autolimitado às obrigações que representam verdadeira delegação com as características de locação ou arrendamento².

Na prática não é a Administração que loca ou arrenda, mas, *stricto sensu*, o particular quando adquire o uso da coisa pública. Tudo depende, sem dúvida, do interesse público, da finalidade, da índole do contrato e das qualificações que este venha a possuir.

A distinção ganha importância em virtude das posições assumidas na relação jurídica. Sobretudo, para categorizar uma cessão, é preciso conhecer e dar à Administração o lugar que lhe compete no formal entendimento e com respeito à coisa e sua destinação.

Em termos de análise, “o uso de um imóvel do domínio público, por um lapso determinado de tempo, não constitui um arrendamento, senão uma *concessão de uso* sobre uma dependência dominical”³. Porém a palavra *cessão* é a mais apropriada, tendo em vista a finalidade e a natureza dos bens comprometidos.

Indubitavelmente, em face da expressão *cessão* ou *ceder*, a prestação de certos serviços traduz *colaboração*, com mais rigor em se tratando do uso de bens do domínio público. A motivação do contrato, na sua essência, está no fato de a Administração colocar o imóvel ou a coisa à disposição do particular cessionário.

213. CESSÃO E OBRIGAÇÕES

Como a doutrina deve o quanto possível aproximar-se das realidades administrativas e das suas práticas operacionais, as cessões de uso devem limitar-se aos bens dominicais já que os de uso comum ou de uso especial possuem destinação legal exatamente figurada⁴.

Apreciando os *dominicais*, isto é, no Brasil, “os que constituem o patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades”, as cessões admi-

2. Miguel S. Marienhoff, Contratos administrativos, in *Tratado de uerecho administrativo*, Buenos Aires, 1978, t. 3-A, p. 49.

3. Miguel S. Marienhoff, op. cit., t. 3-A, p. 49-50.

4. No Brasil, Código Civil, arts. 65 e 66.

nistrativas subordinam-se a regras positivas do direito *posto* para os efeitos da relação contratual⁵.

A inalienabilidade, que é princípio peculiar a todos os bens públicos, não impede que se promovam cessões de uso (*cessio/cessionis*) ao particular com o direito de usar ou explorar determinada coisa. O *cedido* não implica alienação. O que importa, corresponde à natureza do uso compatível com o interesse público.

Tudo indica, comparados os diferentes regimes, que a distinção entre autorização, cessão e concessão possui sólido fundamento prático. A distinção, não sendo de simples palavras, radica-se na origem pela natureza dos atos administrativos que lhe dão substância ou conteúdo jurídico.

Na verdade, integrando-se mais no fato *permissão* que no conceito de *autorização*, a cessão de uso dos bens públicos não cria direito subjetivo em favor da pessoa que a obteve⁶. As obrigações que assume o particular não são senão condições que se impõem quando aceitas bilateralmente.

214. NATUREZA JURÍDICA DAS CESSÕES

Sem dúvida, na sua categoria administrativa, a determinação da natureza jurídica da cessão de uso é da mais alta importância, não surgindo ao observador dos fatos como mera questão especulativa. Antes de tudo, pertence à ordem jurídica positiva, sendo espécie do gênero *concessão*, ou seja, uma figura autônoma conseqüente de ato bilateralizado.

Daí porque não fica válido doutrinariamente, diante de reais pressupostos básicos, baralhar sem distinguir as duas figuras, a da cessão e a da concessão⁷. Por trás da *cessão* há, devemos insistir, um bem público *cedido*. Da *concessão*, um serviço *concedido*. As relações, portanto, no interesse público, distinguem-se nos acordos pela finalidade.

Quando alguém *cede* alguma coisa, principalmente a Administração no tocante a bens, está materializando a vontade por meio de um fato apenas dependente de consensualização. Quando, ao contrário, *concede*

5. Código Civil, art. 66, III.

6. De certa maneira, na doutrina, é o pensamento de Manuel Maria Díez apoiado na orientação de Otto Mayer (v. *Dominio público*, Buenos Aires, 1940, p. 377-8).

7. Mestre J. Cretella Júnior, na sua incontestada autoridade, fala ao mesmo tempo de cessão, de concessão e de permissão de uso, dando porém ênfase à palavra *cessão* quando traz à colação a "cessão de locais ou compartimentos nos mercados e feiras, aos particulares, para que ali exercitem atividades comerciais e consideradas de interesse público" (v. *Dos bens públicos no direito brasileiro*, São Paulo, 1969, p. 258). É preferível, entretanto, a fim de melhor posicionar o fato na relação, admitir que a *cessão* responde no acordo pela intenção e a finalidade, o que dispensa paralelismos estranhos que levam a confundir figuras que na etimologia jurídica representam valores diferenciados.

está transferindo, por intermédio do pactuado, direitos e obrigações. A cessão diz com o uso. A concessão com serviços a prestar ⁸.

Na cessão, conforme o acordo, afeta-se um bem público. Na concessão, em razão do interesse, delegam-se poderes para a prestação de serviços. Na primeira figura há a afetação necessária de bens, sem a qual não se formaliza. Na segunda, de plano, pode ou não haver afetação, mas, geralmente pela delegação, consumam-se as obrigações.

215. REQUISITOS ADMINISTRATIVOS NAS CESSÕES

Nas cessões, convém constatar, permanecem constantes na sua existência três requisitos que se integram nos elementos do contrato:

- o da Administração como parte no papel de sujeito *cedente*;
- o do particular como parte na condição de *cessionário*;
- o de existir um bem público passível de afetação.

Em princípio, vemos a Administração, na sua competência e capacidade para *ceder coisas*. Depois, o particular, na sua capacidade para recebê-las e usá-las. Em final, a determinação do objeto, para o qual será entregue a utilização do bem público afetado.

No contrato de cessão, entretanto, incorporam-se outros conceitos, como o de *autorização* e o de *permissão* do uso de bens públicos, ambos constituindo *cessões*, conforme diga a natureza do acordo entre cedente e cessionário, *in casu*, especificando os modos de fruição ou limitando a utilização com respeito aos beneficiários ⁹.

Tanto a autorização como a permissão, no sentido técnico ou jurídico, fazem figuras acessórias nos contratos de cessão de bens públicos. Designam, na extensão das relações ou na medida das obrigações, até onde pode ir o uso privativo, pelo particular utente, do que lhe foi cedido.

Todavia, autorização ou permissão possuem restrito âmbito na outorga. Passam a constituir cessão quando existem bens públicos afetados. Do contrário, ficam como instrumentos viáveis somente para fins específicos ¹⁰, ao passo que a cessão, dando o direito de utilizar, transfere, mesmo precariamente, o domínio público.

8. Nas concessões, o *com* ou *con* indica companhia e ligação. Composição de interesses. Desaparecendo o *m*, ou transformado em *n*, fica assimilado pela consoante que antecede.

9. Na literatura para estudo; Louis Trotabas, *De l'utilisation du domaine public par les particuliers*, Paris, 1924, p. 79-80; Miguel S. Marienhoff, *Domínio público*, Buenos Aires, 1965, p. 45-6; Diogo Freitas do Amaral, *A utilização do domínio público pelos particulares*, Lisboa, 1956, p. 206-8.

10. Neste livro, 6.^a parte, Cap. XXIII, §§ 181 e 182. Aqui, no entanto, os aspectos jurídicos, com respeito aos bens públicos, assumem notado e particular relevo.

216. O ELEMENTO FINALIDADE NAS CESSÕES

Ademais, sendo o contrato administrativo na sua origem um ato administrativo, nas cessões deve também conter os elementos básicos de formação e no acordo os requisitos que dão conteúdo substancial a todas as contratações públicas.

O que acontece, nos contratos de colaboração, visualizando aqui as cessões na categoria, é que não objetivam uma prestação de serviços, mas o uso de um bem público qualificado, onde a finalidade está implícita ou virtual nas estipulações e cláusulas aceitas pelas partes.

Em consequência, tratando-se de um contrato relacionado com bens públicos, a questão essencial fica localizada pela tipicidade numa única obrigação que, em nome do interesse público como nas concessões, traduz exatamente gestão que requer medidas fundadas nos critérios legais ¹¹.

A bem verificar na prática, nas cessões, pela semelhança que possuem com o comodato civil, não sendo de todo inútil falar de *comodato administrativo*, o acordo decorre menos da natureza física das coisas que da intenção da Administração e vontade das partes.

Daí porque, cedendo coisa certa, o cedente continua na propriedade dela, não podendo o cessionário senão simplesmente *usar*. O contrato, variando conforme a finalidade ou a natureza da coisa, impõe no interesse público:

- possibilidade no ajuste de determinar uma retribuição financeira ou de trabalho quando a coisa usada também possa ser explorada economicamente;

- devolução da coisa ao cedente findo o prazo do ajuste porque por força da tradição não se transferem outros direitos além do uso.

Nas cessões de caráter administrativo, o cedente pode pedir a restituição da coisa antes do tempo ajustado, sobretudo na hipótese da finalidade não mais se harmonizar com o interesse público. O cessionário, por sua vez, só adquire o direito de usar da coisa para o uso cedido e nos limites fixados na convenção.

217. CESSÕES E CONCESSÕES

Duas possíveis hipóteses nos contratos de cessão podem e devem ser consideradas objetivamente:

11. Basta observar: “no Direito brasileiro, os bens de uso privado do Estado podem ser objeto de locação ou arrendamento, cessão, ocupação e concessão. A cessão se apresenta como uma espécie de comodato administrativo, em razão da gratuidade do uso e de sua subordinação ao que haja sido autorizado ou convencionado” (v. Raimundo Nonato Fernandes, *Da concessão de uso de bens públicos*, RDA, 18:3, Rio de Janeiro, 1974). Nada impede, porém, que o autorizado ou convencionado, na contratação, estipule cláusulas de não gratuidade, ficando o cessionário vinculado a obrigações de pagamento em dinheiro pelo uso de bens públicos.

— a do cessionário não dispensar à coisa cedida os cuidados a que está obrigado por força da relação contratual;

— a do cessionário usar da coisa para uso diverso daquele determinado pelo acordo ou pela natureza da própria coisa.

Num juízo de valores, no sentido da responsabilização, nas hipóteses quando flagradas responde o cessionário pelos prejuízos e danos ou conforme novas situações criadas. No mais, como noutras categorias administrativas, nas cessões também incidem circunstâncias fortuitas¹².

Nas cessões, à maneira dos comodatos civis, a coisa há de ser restituída *in natura*, exaurido o tempo de uso para que foi cedida. Fazem contratos administrativos, não só pelo fato da ocupação do domínio público, mas porque, incompatíveis com os privados, adotam critérios públicos gerais e cláusulas incomuns¹³.

Em tese, nos regimes, embora os critérios possibilitem modos de cessão, de plano e na organização estatal, a tutela “vem exercitada em *via administrativa*”¹⁴, valendo a afirmação para todos os casos de afetação de bens públicos, isto é, de bens que disponíveis permitam à Administração deferir a ocupação¹⁵.

O que diferencia fundamentalmente a cessão das concessões é que nas *cessões* o término do contrato se dá com o exaurimento do prazo convencionalizado, enquanto nas *concessões* há um serviço que pode não desaparecer com a terminação do prazo e que deve ser prestado com eficiência e continuidade.

Na cessão de bens públicos fica apenas o interesse da Administração ou então o interesse das partes. Nas concessões domina a idéia de serviço que pode reverter ao concedente. Os procedimentos externos da pessoa criada, nas cessões ou nas concessões, são aqueles necessariamente prescritos nos termos do acordo realizado.

12. André de Laubadère, Les contrats comportant occupation du domaine public, in *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris, 1956, t. 1, p. 46-7.

13. No Direito brasileiro, de uma maneira generalizante, e sob critérios factuais, toda uma legislação se compreende nos seguintes diplomas fundamentais: Decreto-lei n. 9.760, de 5 de setembro de 1956; Decreto-lei n. 178, de 16 de fevereiro de 1967; Decreto-lei n. 271, de 28 de fevereiro de 1967. Nenhum deles, porém, focando realidades que a doutrina busca posicionar.

14. Aldo M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1954, p. 310.

15. Neste livro, 6.^a parte, Cap. XXIII, § 183.

CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Sumário: 218. Concessão e serviço público. 219. Pressupostos e características das concessões. 220. Competência administrativa nas concessões. 221. A figura do usuário nas concessões. 222. Concedente, concessionário e usuário. 223. Concessão e monopolização. 224. Dimensionamento das obrigações.

218. CONCESSÃO E SERVIÇO PÚBLICO

Por trás das concessões, em virtude da finalidade administrativa, está sempre um serviço público exatamente tipificado. Constitui matéria amplamente estudada em razão da sua importância jurídica. Não obstante antigas divergências doutrinárias nas colocações, nascidas sobretudo da diferença de regimes, a figura da *concessão* alcançou nível sem igual entre os institutos públicos¹.

Não merecem procedência, portanto, especulações em torno da natureza jurídica das concessões, se é ato unilateral ou não, dois atos bilaterais conjugados, se é um contrato privado, uma contratação mista, se é um contrato de Direito Público. Sem dúvida, há, hoje em dia, consolidados os princípios, harmonia entre a realidade e a teoria, entre o pensamento doutrinário e a atuação administrativa com respeito às concessões².

1. Mario Masagão, As teorias relativas à natureza jurídica da concessão, A concessão é contrato de Direito Público, in *Natureza jurídica da concessão de serviço público*, São Paulo, 1933, p. 29-59.

2. Na literatura clássica: Niceto Alcalá-Zamora, *La concesión como contrato y como derecho real*, Madrid, 1918; Rodolfo Bullrich, *La naturaleza jurídica de la concesión de servicios públicos*, Buenos Aires, 1936; Philippe Comte, *Essai d'une théorie d'ensemble de la concession de service public*, Paris, 1934; Alberto E. Uriburu, *Naturaleza jurídica de la concesión de servicios públicos*, Buenos Aires, 1936; Juan Pablo Ramos, *Ensayo jurídico y social sobre la concesión de servicios públicos*, Buenos Aires, 1937; Ange Blondeau, *La concession de service public*, Paris, 1933; Rafael Bielsa, *Consideraciones sumarias sobre la concesión de servicios públicos*, Buenos Aires, 1937; Manuel Peña Villamil, *La concesión de servicios públicos*, Assunção, 1957; Enzo Silvestri, *Il riscatto delle concessioni amministrative*, Milano, 1956; Magalhães Colaço, *Concessões de serviços públicos*, Lisboa, 1948.

No Direito brasileiro, a problemática das concessões é matéria constitucional, antes de ser matéria administrativa. Não se pode fugir, por isso, às prescrições contidas no mandamento político. A rigor, porque estabelece normas básicas cuja obediência constitui *regime* jurídico próprio. Princípios ordenadores por intermédio dos quais consumam-se obrigações e o contrato toma figuração com respeito à exploração dos serviços concedidos³.

Atendido o imperativo constitucional, o contrato de concessão, na sua qualificação administrativa, “é o documento escrito que encerra a delegação do poder concedente, define o objeto da concessão, delimita a área, forma e tempo da exploração, estabelece os direitos e deveres das partes e dos usuários do serviço”⁴. Surge, no Direito Administrativo, por força de atividade descentrada ou descentralizada.

Assim deduzindo, observados os diversos regimes nas projeções jurídicas, nenhuma dúvida pode mais haver quanto à natureza contratual da concessão de serviço público, tendo em vista que o contrato é o instrumento essencial para sua validação, pelos elementos que o fazem administrativo, pela finalidade que lhe dá categoria administrativa.

219. PRESSUPOSTOS E CARACTERÍSTICAS DAS CONCESSÕES

Os pressupostos, analisado um contrato de concessão de serviço público, quando desintegrado na sua formação, apresentam características formalmente definidas:

- é um contrato administrativo propriamente dito diante da finalidade;
- tem por finalidade a exploração e o funcionamento de um serviço público;
- a exploração sob quaisquer riscos é a realizada pelos concessionários;
- durante a vigência do contrato, o concessionário recebe remuneração pelo serviço prestado;
- a concessão é um contrato administrativo a prazo certo ajustado pelas partes.

3. Na Constituição, art. 167: “A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo: I — obrigação de manter o serviço adequado; II — tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato; e III — fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior”.

4. Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo, 1978, p. 353.

Logo, em face das relações e tendo em conta as obrigações, considerando a efetividade da delegação concedida, aparecem, na formação dos contratos de concessão, três valores jurídicos reais:

— o que se refere à pessoa da Administração na qualidade de poder concedente;

— o que se refere à presença do particular na posição delegada de concessionário;

— o que diz com a finalidade caracterizando o serviço a ser explorado em nome da Administração.

Em tudo e por tudo, está em jogo um serviço público, conceito relativo que se materializa na prática por realidades objetivas, isto é, realidades concretas que certamente convergem para necessidades coletivas ou comuns que devem ser atendidas pelo Estado e que se transferem a terceiros interessados⁵.

Como nos demais contratos administrativos, o que toma sentido jurídico nas concessões de serviço público é o elemento causa ou motivação, efetivando relações entre concedente e concessionários, principalmente entre concessionários e as coletividades participantes⁶, o público, ou o usuário, que paga ou vai pagar pelo serviço, conforme sua destinação e venha prestado na continuidade.

220. COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA NAS CONCESSÕES

Figurada a concessão de serviço público, no melhor sentido jurídico vocabular, consagra a transferência pela Administração a terceiros de poderes, vantagens e serviços que o Poder Público resolve oferecer a particulares. Para que haja concessão, portanto, na sua figuração contratual, intervêm três elementos:

— o de *serviço*, na sua utilidade, motivando a outorga de poderes e a delegação de funções;

— o da pessoa do *concedente*, oferecendo o serviço a ser prestado;

5. O conceito, na ordem externa administrativa, deve ser material, mesmo dependendo da função pública que legitima a prestação de serviços. Entretanto, do exercício da função decorre a concessão, a entrega ao particular de uma determinada utilidade na esfera econômica ou econômico-social (v. Renato Alessi, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milano, 1953, p. 344-5). Em verdade, nos enfoques, as utilidades vêm discriminadas como transportes coletivos, telefones ou exploração da energia elétrica, entre outros. *Prima facie*, “a transferência de direitos, na concessão, faculta ao concessionário agir, não em nome do Estado, mas em seu próprio nome, e por sua própria conta” (v. J. Guimarães Mene-gale, *Direito administrativo e ciência da administração*, Rio de Janeiro, 1939, t. 2, p. 254).

6. Mario Gallo, *Le concessioni*, in *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, Padova, 1936, p. 182-202.

— o da pessoa do *concessionário*, recebendo o serviço diante de normas previamente estabelecidas ⁷.

Voltando ao Direito brasileiro, o poder-faculdade de conceder serviço público, na competência, vem originário:

— em favor da União Federal, em todo território nacional;

— em favor da União, quando os serviços interessam a mais de um Estado;

— em favor dos Estados, nas hipóteses de interessarem a mais de um Município;

— em favor dos Municípios, assegurando o peculiar interesse municipal ⁸.

Além do mais, “para a prática de determinados atos, a competência da Administração é estritamente determinada na lei quanto aos motivos e ao modo de agir”, pois a não ser na ilegitimidade pode a Administração desconhecer, em verificadas circunstâncias, a norma legal e o interesse público movendo sua vontade de realizar e conceder ⁹.

Contudo, “o concessionário de funções ou serviços públicos em virtude do ato de concessão não passa a fazer parte da organização administrativa do Estado”, caracterizando-se na reciprocidade o “chamado exercício privado de função ou de serviço público, transferido de pessoa pública para pessoa privada” ¹⁰.

Objetivamente considerada, a relação administrativa que se cria entre a pessoa de Direito Público e a pessoa de Direito Privado, inclusive em decorrência da competência, faz contrato, ficando o particular investido de funções pertinentes que correspondem a obrigações no exercício de atividades correspondentes ao serviço concedido.

221. A FIGURA DO USUÁRIO NAS CONCESSÕES

No regime das concessões está claro que o serviço público venha sempre harmônico com o interesse público, porque não se deve nesta categoria de contrato senão conhecer a vontade das partes no momento de celebrar o pacto, já que no tocante à Administração a vontade atual pode ser ou não a vontade futura ¹¹.

7. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Curso de direito administrativo*, São Paulo, 1979, p. 222.

8. “O chamado regime *concessional* determina-se precipuamente pelos deveres do concessionário. Dentro de cláusulas que protejam o equilíbrio econômico, a efetivação e a prestação do serviço numa saudável equivalência jurídica de obrigações e direitos” (v. Oliveira Franco Sobrinho, *Curso*, cit., p. 223).

9. J. Cretella Júnior, Concessão de serviço público, Competência para outorgar a concessão, in *Tratado de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1967, t. 3, p. 120-30.

10. J. Cretella Júnior, op. cit., t. 3, p. 121-2.

11. Georges Péquignot, *Théorie générale du contrat administratif*, Paris, 1945, p. 262.

Com respeito à finalidade há circunstâncias que podem compelir a Administração, em virtude do interesse novado, a modificar situações jurídicas, embora possa responder pelas alterações no contrato em plena execução, tão-somente porque a rigidez do serviço público exige nos acordos flexibilidade nas relações¹².

Por outro lado, não somente nas relações contratuais, mas também nas situações jurídicas, convém considerar a posição dos usuários do serviço, ponto este que sensibiliza o interesse público e submete o contrato na sua eficácia a valores maiores, como a continuidade e a regularidade da prestação comprometida para uma correta satisfação das necessidades públicas¹³.

De maneira prática, positiva e real, as relações da Administração com os concessionários identificam-se com as relações que se efetivam entre os concessionários e os usuários utentes dos serviços públicos, gerando vínculos não só para as partes contratantes, mas ligados diretamente à Administração responsável.

O contrato, assim, por força do interesse público motivante, transferindo serviços para os particulares, não desobriga a Administração de compromissos com os usuários, pois a tutela, quando ativada, destina-se não a proteger a pessoa prestadora de serviços, porém a resguardar quem paga e deles usa ou é servido.

A finalidade das concessões não é a de servir concessionários, mas o público a quem o serviço é prestado. Evidentemente, “recebendo o direito de exercer atividades, até então privativas da Administração e proibidas aos particulares, em geral, o particular tem deveres a cumprir, nos termos em que se outorga a concessão”¹⁴.

Concedido o serviço, o interesse público na prestação desloca-se para a pessoa do usuário. Exclusivo ou não, após contratação, fica apenas a figura do utente. O contrato, em si, diz para que veio. E se veio para o concessionário prestar alguma coisa, a prestação não pode fugir das obrigações assumidas com a Administração.

222. CONCEDENTE, CONCESSIONÁRIO E USUÁRIO

Enganam-se os teóricos que pretendem dar ao concessionário uma posição jurídica especial, pois “sua posição é a de todo contratante, subordinado a cláusulas obrigacionais”¹⁵. *In casu*, não somente a cláusulas,

12. Maurice Hauriou, *Jurisprudence administrative*, Paris, 1929, t. 3, p. 603.

13. Miguel Angel Berçaitz, *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, 1952, p. 316.

14. J. Cretella Júnior, op. cit., t. 3, p. 138.

15. J. Guimarães Menegale, op. cit., t. 2, p. 261.

mas a compromissos devidos a usuários, já que o serviço é a eles prestado¹⁶.

Sem dúvida, é este o contrato de concessão de serviço público, um contrato tipicamente administrativo, pelos seus elementos e requisitos, que vão do concedente ao concessionário e ao usuário, categorizando a figura pelas relações e obrigações ajustadas¹⁷. O *ser público* aqui é o *ser administrativo*.

Basta a palavra *concessão*, no sentido autêntico de sua natureza jurídica, para colocar num mesmo plano de interesses públicos a Administração, os concessionários e os usuários. De pronto, o contrato de concessão na espécie, quando formalizado, destina-se à satisfação de necessidades comuns que dizem com as comunidades sociais.

Dáí porque, principalmente nos contratos de concessão de serviços públicos, valora-se a participação dos particulares pagantes com a fixação de tarifas para a remuneração dos concessionários, procurando diante das flutuações econômicas ou monetárias equivalências que representem justa ou razoável retribuição de capital.

Nas concessões de serviço, portanto, o concessionário e a Administração concedente são os sujeitos intervenientes na relação jurídica contratual, ficando o concessionário, por razão da finalidade, com obrigações que se desdobram entre dois objetivos, o de representar o Estado e o de atender os usuários.

Conforme a natureza do serviço, no entanto, “o ente concedente deve transferir ao concessionário determinados poderes ou prerrogativas características (potestades de expropriar, estabelecer servidões, usar bens do domínio público), sem os quais a execução não poderá funcionar”¹⁸. Tudo, porém, visando a prestação comprometida.

Como se observa, constituindo *modo de gestão* administrativa, o contrato de concessão, desde sua formação, deve qualificar a finalidade do serviço, tendo em apreço a prestação ou a exploração do que se concede ao particular, ficando a *tarifa*, a estudar na oportunidade, como espécie de pagamento pelo serviço quando utilizado.

16. “O interesse geral do funcionamento do serviço público não pode ser comprometido pelo interesse privado do co-contratante” (v. J. Guimarães Menegale, op. cit., t. 2, p. 260). Merece estudo e consulta: Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Natureza jurídica da concessão de serviço público*, *RDPubl*, 19:9-36, São Paulo, 1972.

17. A doutrina não pode tergiversar por meio de premissas hipotéticas, fugindo da realidade jurídica no Direito Público e Positivo. Razão prática alguma é capaz de dar apoio realístico, pelo menos no Direito Comparado, à recente posição de André de Laubadère, especulando sobre as dificuldades de identificação do contrato administrativo no Direito francês (v. *Les difficultés actuelles de l'identification du contrat administratif en droit français*, in *Estudios de derecho administrativo*, Montevideo, 1979, t. 1, p. 55-84).

18. Julio A. Prat, *La concesión de servicio público*, in *Derecho administrativo*, Montevideo, 1978, v. 2, t. 3, p. 283.

223. CONCESSÃO E MONOPOLIZAÇÃO

Uma importante questão que merece menção, considerando as particularidades por que se revestem os serviços públicos, é a da possibilidade dos monopólios. No seu equacionamento teórico, a monopolização constitui *possibilidade* que não pode deixar de ser apreciada pela doutrina. Questão de finalidade não deixa de traduzir realidades econômicas¹⁹.

Destarte, nos regimes, o monopólio existe de direito ou de fato, estabelecido em lei ou na Constituição, envolvendo os serviços concedidos nas seguintes hipóteses articuladas:

— “o particular é capaz de realizar, como a Administração, o fim do Estado efetivado pelo serviço, regra de caráter geral nas concessões”;

— “razões de ordem econômica, a garantia de compensação do capital invertido, justificam o monopólio”;

— “a concessão monopolizada não atinge a liberdade do comércio ou da indústria”;

— “o serviço é de interesse geral e de primeira necessidade”²⁰.

Em face de lei maior, o Estado, por intermédio da Administração, “monopoliza ou não monopoliza serviços”, como, também, “concede-os com monopólio ou sem monopólio”, de onde, com apoio em princípios gerais, os serviços concedíveis acontecerem:

— “*como monopólio de direito*”;

— “*com monopólio de direito*”;

— “ou sem monopólio”²¹.

Não obstante “monopolizado pela União um bem ou uma atividade de domínio econômico, nada impede que ela confira o privilégio de sua exploração a autarquias, a entidades paraestatais, a concessionários ou permissionários que satisfaçam as exigências do interesse público”²². De-tém, assim, o concessionário uma atividade exclusiva.

A exclusividade, entretanto, não afasta o contrato dos elementos e requisitos. Mantém o acordo, após formalizado, nas suas características essenciais. De equação econômico-financeira, do prazo de vigência, de relações e obrigações, e, principalmente, de interesse público que constitua razão de existência do serviço monopolizado.

19. No Brasil, pela Constituição, o problema do monopólio fica assim colocado: art. 163. “São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais”; art. 169. “A pesquisa e a lavra de petróleo em território nacional constituem monopólio da União, nos termos da lei”.

20. J. Guimarães Menegale, op. cit., t. 2, p. 264.

21. J. Guimarães Menegale, Monopólio de direito, Monopólio de fato, in *Direito adm.*, cit., t. 2, p. 264-5.

22. Hely Lopes Meirelles, op. cit., p. 592.

224. DIMENSIONAMENTO DAS OBRIGAÇÕES

Na tradição doutrinária, os monopólios excepcionalizam, pois faz “princípio geral que os serviços públicos mantêm uma completa compatibilidade com outros análogos explorados por particulares”²³. As concessões, pelo caráter jurídico relacional, resultam de serviços que só se monopolizam conforme disposição da lei.

Genericamente, na maioria das concessões, a exigência administrativa provém de parte da Administração na falta de meios econômicos ou da necessidade de recursos que excedem os orçamentários. A convocação dos interessados, depois concessionários, em face da vinculação contratual, dimensiona obrigações e “regula também os direitos dos usuários”²⁴.

Sob outra ótica, o contrato, concluído entre a Administração e o particular nas concessões, assegura uma operação de serviço que se decompõe nas obrigações entre o que é da Administração, do concessionário e dos utentes. Facilmente distinguem-se as posições de quem concede, recebe e usa no gozo de direitos gerais individualizados.

A concessão de serviços públicos, por isso, destaca-se *in genere* como um contrato administrativo onde as *relações* são entre a Administração e o concessionário e as *obrigações* entre ambos e mais os usuários. Tal acontece porque, sendo o concessionário um agente público, os compromissos pactuados dirigem-se diretamente aos usuários beneficiados pelo uso²⁵.

O conceito imperante na doutrina e na prática ter-se-á que buscar conseqüentemente na singularidade dos serviços que pela sua natureza devem e podem ser concedidos, ou seja, de serviços que, em face da insuficiência administrativa, impossibilitaram a Administração de realizá-los com recursos próprios, eficiência e continuidade.

Sinalagmático e comutativo, o contrato de concessão de serviços públicos há de obrigar o concedente e o concessionário, já que as obrigações pertencem às partes, e sendo comutativo passa a oneroso. Celebrado, *intuitu personae*, a concessão também fica intransferível sem o consentimento de quem emanou a vontade no direito de conceder.

23. Recaredo F. de Velasco, *Los contratos administrativos*, Madrid, 1927, p. 259.

24. Recaredo F. de Velasco, *op. cit.*, p. 239.

25. “As cláusulas na concessão são pactuadas também em favor dos usuários do serviço público, os quais podem invocá-las ou prevalecer-se delas, tanto para obter o serviço (geral e uniforme) como para obrigar o concessionário a prestar o serviço em forma regular, contínua e segundo os preços estabelecidos” (v. Rafael Bielsa, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1943, t. 1, p. 314).

8.^a PARTE

- O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NOS CONTRATOS DE SERVIÇO
- CONTRATOS DE RISCO CONCLUÍDOS PELA ADMINISTRAÇÃO
- CONTRATO DE FUNÇÃO OU EMPREGO PÚBLICO
- CONTRATOS INTERORGÂNICOS OU INTER-ADMINISTRATIVOS

O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NOS CONTRATOS DE SERVIÇO

Sumário: 225. Previsão de preços nas obras e serviços. 226. Conceito de tarifa na prestação de serviços. 227. Cláusulas e mudanças econômicas. 228. Cláusulas de variação. 229. Cláusulas de variação e revisão. 230. Atualização de custos e preços. 231. Equação financeira e continuidade do serviço. 232. As obrigações nos serviços e nos encargos.

225. PREVISÃO DE PREÇOS NAS OBRAS E SERVIÇOS

Como bem observamos, a idéia-noção de serviço público, ainda em tese, domina o Direito Administrativo¹. Nas concessões, principalmente, não há a figura do contrato, sem que haja um serviço a prestar ou a explorar. Representa, para a Administração, atividade concreta conforme a finalidade procurada.

Nas concessões, o que temos é quase sempre um serviço econômico, que o Estado, emergentemente, não podendo prestar, contrata com o particular. É um serviço, porém, que não se desnatura, quando a Administração o delega ou concede. A existência do concessionário, como parte, apenas caracteriza uma situação jurídica relacional.

Pela relação concluída, entre concedente e concessionário, mediante acordo contratual, transfere-se o exercício de uma atividade pública. Ao primeiro compete resguardar o interesse público, ao segundo prestar o serviço a nível de valores econômicos, ficando o contrato como a peça instrumental capaz de gerar direitos e obrigações.

Figurada uma concessão de serviço público, estudada nos elementos que dão materialidade ao contrato administrativo, na finalidade consubstanciando condicionamentos econômicos, ressalta de pronto a necessidade do estabelecimento de uma equação econômica ou financeira que marque princípios diante das possíveis flutuações monetárias².

1. Georges Vedel, *Droit administratif*, Paris, 1958, t. 1, p. 48; Jean Rivero, *Droit administratif*, Paris, 1962, p. 146.

2. Allan R. Brewer Carias, *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo*, Caracas, 1964, p. 204-6.

Tanto nos contratos de obras, como nos de concessão de serviço, a remuneração faz condição essencial e básica:

— nos de *obras* antecede uma programação financeira, possibilitando a normal execução;

— nos de *serviço*, a fixação de tarifas que permitam uma adequada e também normal prestação ³.

Constitui princípio fundamental, portanto, integrante dos contratos administrativos, a possível previsão de preços e custos, da adoção de meios, que, entre as estipulações, protejam a execução e a prestação, de cláusulas que autorizem, em termos sempre atuais, no equilíbrio econômico, uma justa ou equivalente remuneração.

226. CONCEITO DE TARIFA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

Constituindo as tarifas, por excelência, a maneira prática de remunerar o concessionário pela prestação do serviço, sua revisão quando matéria de lei só pode acontecer justificada pelo desequilíbrio financeiro do contrato ou quando colocar em risco o interesse público que motivou a contratação ⁴.

As tarifas, na verdade, tenham este ou aquele nome, realizam o custeio dos serviços públicos concedidos. Constituem pagamento indireto daquilo que o particular resolveu prestar, colaborando com a Administração. Fazem, portanto, conforme o serviço na categoria, conceito diversificado de remuneração.

Todavia, cumpre entender, na fenomenologia das contratações administrativas, que os acordos, no momento da formalização, não devem exceder perspectivas econômicas, antecedendo fatos mesmo previsíveis, embora possam ser consideradas cláusulas corrigíveis de possíveis desequilíbrios.

Tal seja a natureza jurídica do contrato, isto na respectiva categoria administrativa, está claro que variam os modos e os meios de pagamento, ficando a figura *tarifa* como aquela “relação econômica ou de preços.

3. “Hoje em dia, portanto, a maioria dos contratos administrativos contém cláusulas de revisão e variação de preços tal como sucede com os contratos de obra pública e nas concessões de serviços públicos, onde se prevêem cláusulas similares de variação e revisão de tarifas” (v. Allan R. Brewer Carías, *Algunas consideraciones sobre las cláusulas de variación de precios en los contratos administrativos*, in *Estudios de derecho administrativo*, Montevideo, 1979, t. 1, p. 57-8).

4. No Brasil, o reajustamento de preços vem disciplinado pelo Decreto-lei n. 185, de 23 de fevereiro de 1967, regulamentado pelo Decreto n. 60.407, de 11 de março de 1967, depois alterado pelo Decreto n. 60.706, de 9 de maio de 1967.

correspondente a prestações em dinheiro” e “condição para que o serviço se preste obrigatoriamente”⁵.

A rigor, representam as tarifas, dentro do conceito geral de pagamento, uma pauta de valores que registram direitos, cobráveis dos usuários quando se beneficiem dos serviços concedidos. Cabe à Administração, sob critérios ponderados de equilíbrio econômico, fixá-las, atendendo os investimentos realizados, o que se dá e o que recebem as coletividades contribuintes.

227. CLAUSULAS E MUDANÇAS ECONÔMICAS

Aliás, os critérios de fixação, no tocante à realidade do regime tarifário, têm sido há muito a grande preocupação dos que lidam com as concessões dos serviços de utilidade pública⁶. O problema, além de financeiro, sendo econômico, envolve situações onde o interesse público pode conflitar-se com a capacidade dos usuários, afetando, assim, o uso em prejuízo das partes contratantes.

Já agora, entretanto, em face de maior experiência no tocante à concessão de serviços, que, com a devida cautela, grande maioria dos contratos administrativos contém razoáveis cláusulas revisionistas e de variação nos preços, tendo em conta a adaptação das tarifas às inevitáveis mudanças econômicas, presume-se o que se investe, o que se deve investir, o interesse público e a posição do usuário.

Não obstante isso, “as cláusulas de revisão, que não implicam uma modificação automática do preço ou das tarifas, na realidade o que dão é um direito a que o concessionário possa reclamar do concedente a revisão, sem que se hajam predeterminados os elementos quantitativos”⁷. A questão, como se coloca nos contratos, é de exame valorativo das flutuações financeiras ou de custo do dinheiro.

Havendo contrato, lei entre as partes, só o interesse público pode dizer das alterações contratuais. O que ficou estipulado fica para valer nas relações e obrigações. Não existindo cláusulas pertinentes, nada autoriza variações tarifárias unilaterais. Todavia, a Administração, no exercício da

5. Recaredo F. de Velasco, *Los contratos administrativos*, Madrid, 1927, p. 378.

6. Na literatura clássica: Martin G. Glaeser, *Outlines of public utility economics*, New York, 1931; Ange Blondeau, *La concession de service public*, Paris, 1933; Francis X. Welch, *Cases on public utility regulation*, New York, 1936; Rodolfo Picirilli, *El privilegio en las concesiones de servicios públicos*, Buenos Aires, 1936; Odilon C. Andrade, *Serviços públicos e de utilidade pública*, São Paulo, 1937; Luis de Anhaia Mello, *O problema econômico dos serviços de utilidade pública*, São Paulo, 1940. Mais recente: Miguel S. Marienhoff, *Régimen de pagos, intereses, imprevisión, mayores costos y actualización*, Mendoza, 1977.

7. Allan R. Brewer Carias, op. et loc. cit., t. 1, p. 58.

tutela, pode de pleno direito permitir novos preços, surgidos resultantes de encargos atuais ou gravames.

Em tese, o que vale é o contrato fechado nas suas cláusulas, o acordo vinculado às condições imperativas, embora na prática reconheça o Direito Administrativo, no concernente às concessões de serviço público, a importância de estipulações relativas à variação dos custos operacionais e, portanto, das tarifas antes estabelecidas.

228. CLAUSULAS DE VARIAÇÃO

Evidente que, por força das flutuações econômicas, o impedimento da revisão coloca em risco a equação econômico-financeira que dá sustentação ao contrato e ao serviço. Quando a Administração sabe, porque veio de sua parte, do aumento de impostos antes não existentes ou da incidência de maiores cargas tributárias, está claro que por via indireta onerou custos e atingiu o regime tarifário contratual.

A noção de equação econômica ou de equilíbrio financeiro dos contratos de concessão de serviços públicos tem origem na necessidade da estabilidade das relações contratuais e no interesse público quando consagrou obrigações. Não é uma suposta questão apenas de imprevisão, mas de realidades econômicas que num mesmo nível de influência dominam concedente, concessionário e usuário⁸.

In casu, a variação nas tarifas pode decorrer, nas hipóteses comuns de flutuação econômica:

- do próprio contrato quando estabelece cláusulas de variação;
- do concedente quando reconhece ruptura no equilíbrio econômico da concessão.

Nada há demais, conforme a categoria, que, pela imprevisão, cláusulas de defesa do serviço não venham exatamente previstas. Também nada há, conforme a natureza do serviço, que o contrato venha protegido a fim de que o serviço não sofra prejuízos econômicos que se reflitam na eficiência e continuidade da prestação exigida.

Compete à Administração, em ambas as situações, com base no interesse público antes declarado e ainda atual, tomar as medidas administrativas cautelares, porém fundadas em fatos, em valores reais estimáveis, ou seja, tomando em apreço o valor aquisitivo da moeda, os custos do serviço prestado ou por prestar.

8. André de Laubadère, *Les clauses de variation et de revision des prix et des tarifs*, in *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris, 1956, t. 2, p. 291-317.

229. CLAUSULAS DE VARIAÇÃO E REVISÃO

A posição acertada, com referência a cláusulas que expliquem variação de preços ou tarifas, é aquela que distingue as cláusulas de variação das cláusulas de revisão, não obstante umas e outras possam não necessariamente integrar os contratos administrativos, já que nos efeitos resultam de iguais pressupostos econômicos.

Problema terminológico, ligado a situações intrínsecas diversas, quando preventas nos contratos administrativos, “corresponde a duas técnicas diferentes”, residindo a diferença “*no automatismo* que caracteriza a cláusula de variação” e nos critérios que nascem de *atos* “suscetíveis de provocar a revisão de preços ou de tarifas”⁹.

Conseqüentemente, nos contratos administrativos, a questão é de efeitos jurídicos práticos. Surge ao analista do exame interpretativo quando se observa a execução contratual, ou seja, quando prevalecem condições de conhecimento e aplicabilidade, *condições* factuais capazes de intervir no procedimento executório, na prestação carreando reais prejuízos e anormalizando os serviços.

Dai porque na doutrina recomenda-se, em razão das obrigações e da consensualidade, que as disposições contratuais, que introduzam cláusulas incidentais, de variação nos preços ou de revisão de tarifas, venham incluídas com limites de aceitação, isto é, com certa margem de apreciação que não tire da Administração a tutela sobre os contratos e sua execução.

230. ATUALIZAÇÃO DE CUSTOS E PREÇOS

Na generalidade das concessões, se de um lado existe o amparo do concessionário por meio de possíveis cláusulas preferenciais ou de exclusividade, de outro, a fixação de tarifas desempenha papel de relevo nos serviços concedidos, pois dela “depende a estabilidade do concessionário, bem como a própria posição do Estado diante dos usuários”¹⁰.

Fiquem os critérios voltados para o custeio do serviço, para a justa retribuição do capital, para as flutuações econômicas ou para a posição dos usuários, o importante se resume em resguardar o equilíbrio econômico-financeiro, aquela *equação* que na relatividade supere fatos adversos, a imprevisão constatada ou sujeições de caráter anormal prejudiciais de normal prestação.

9. André de Laubadère, *Distinction des clauses de variation et des clauses de revision*, in op. cit., t. 2, p. 291-2.

10. J. Cretella Júnior, *Concessão de serviços públicos*, in *Curso de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1977, p. 427.

Logicamente, embora ganhe importância a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, “não é possível uma regra geral e única para todos os contratos, já que as soluções diferem conforme a índole de cada categoria”¹¹, aparecendo como valores positivos atuantes a examinar os índices inflacionários ou mesmo a atualização de custos e preços consequentes da desvalorização monetária.

Conquanto o problema possa não acontecer da imprevisão, constitui-se pela pressão de maiores custos, de preços ou valores no momento desajustados, de atualização de compromissos financeiros que ressarçam as possíveis ocorrentes depreciações monetárias.

Contudo, a problemática, ainda agora como antigamente, continua uma grave preocupação doutrinária, nos seus aspectos de prática administrativa¹². Entretanto, a experiência vivida em tempos normais ou anormais diz que a questão pode ficar ajustada não só resguardando o interesse público, como protegendo de riscos as inversões, os custos e os usuários do serviço.

231. EQUAÇÃO FINANCEIRA E CONTINUIDADE DO SERVIÇO

No campo propriamente dito do Direito Administrativo, as concessões de serviço público, embora na categoria cada serviço possa ter a sua própria fisionomia, “a incidência do acontecimento perturbador, ao transformar ou alterar a adequação econômico-financeira, dá lugar ao estado de *imprevisão*, que por sua vez abre o *período extracontratual*”¹³.

Se as partes nada estipularam para resguardar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, imprevénidas quanto à variação ou à revisão de preços, justificam-se medidas em favor da conservação do acordo pactuado, pois nada há que em nome do interesse público ainda atual consagre a rescisão unilateral, a anulação ou a revogação.

A equação financeira, bem dizendo, corresponde à continuidade do serviço, ao passo que a continuidade é consequência do desenvolvimento regular, ou seja, sem interrupção nem suspensão das prestações. Diz necessariamente com a eficácia que exige melhoramentos na sustentação dos

11. Julio A. Prat, Los actos y los contratos administrativos, in *Derecho administrativo*, Montevideo, 1978, v. 2, t. 3, p. 315.

12. Merece consulta: J. H. Meirelles Teixeira, *O problema das tarifas nos serviços públicos concedidos*, São Paulo, 1941.

13. Miguel S. Marienhoff, Contratos administrativos, in *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1978, t. 3-A, p. 540. Consultar: Celso Antonio Bandeira de Mello, O equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, in *Elementos de direito administrativo*, São Paulo, 1980, p. 149-54.

princípios valorativos que falam de eficiência na satisfação do interesse público ¹⁴.

Na verdade, considerando o contrato, o interesse e o serviço público, “não se trata de garantir o concessionário contra as flutuações naturais na gestão do serviço, nem de elidir insucessos previsíveis e temporários”, mas sim de preservar a equidade nas obrigações e a “correlação entre os encargos e a remuneração correspondente” ¹⁵.

Não prevalecem, pelo menos na doutrina, outros pressupostos que não os apontados. Nem procedem argumentos contra *atos* circunstanciais quando provados. Não obstante, embora pacífica a colocação doutrinária, depende para conhecimento da existência de fatores que, adversos, ponham em risco material o cumprimento das obrigações assumidas e das prestações.

232. AS OBRIGAÇÕES NOS SERVIÇOS E NOS ENCARGOS

O problema do equilíbrio econômico-financeiro não questionando mutabilidade nas obrigações, isto é, da intervenção da Administração, podendo impor regras de conveniência pública, para uns reflete *equidade* e para outros *valor de relação* ¹⁶. Todavia, são os fatos supervenientes provados que valem, já que os riscos no contrato foram voluntariamente assumidos.

Entretanto, o que importa são as condições de aplicação do princípio que, *in casu*, nos contratos, procuram restaurar o equilíbrio econômico-financeiro ¹⁷. Há que haver, por isso, em falando de condições, *atos* que motivem a aplicabilidade ou *atos* que no momento surpreendam pela irreversibilidade.

Sendo o equilíbrio econômico-financeiro, “também denominado equação econômica ou equação financeira”, uma relação que as partes estabelecem inicialmente no ajuste, constitui como fenômeno a equivalência antes existente entre a finalidade do contrato e a sua remuneração “originariamente prevista e fixada pelas partes em números absolutos ou em escala móvel” ¹⁸.

14. Bartolome A. Fiorini, *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1968, t. 1, p. 513-4.

15. Caio Tácito, O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público nos direitos brasileiro e estrangeiro, in *Direito administrativo*, São Paulo, 1975, p. 202-3.

16. Georges Péquignot, *Théorie générale du contrat administratif*, Paris, 1945, p. 448; Marcel Waline, *Droit administratif*, Paris, 1963, p. 575.

17. André de Laubadère, Conditions d'application du principe, in *op. cit.*, t. 2, p. 35-8.

18. Hely Lopes Meirelles, *Licitação e contrato administrativo*, São Paulo, 1975, p. 193.

Dada a existência de obrigações correlacionantes entre os serviços e os encargos, de *obrigações* que, quando verificáveis na prática, atingem a própria natureza orgânica do contrato, não há dúvida no Direito brasileiro quanto à possibilidade dos reajustes, uma vez que assim recomenda norma mandamental imperativa, considerando a necessidade de se manter o serviço adequado à finalidade¹⁹.

O equilíbrio econômico-financeiro, que decorre de equações financeiras, é sobretudo um problema de execução contratual e de comprometimento com as prestações ajustadas. No momento em que se criem situações jurídicas novas que atinjam a finalidade do serviço, ou situações de fato que prejudiquem as obrigações, implicitamente ficam afetadas as relações diante do interesse público.

19. Na Constituição, art. 167, II, ficou afirmado: “Tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato”.

Capítulo XXX

CONTRATOS DE RISCO CONCLUÍDOS PELA ADMINISTRAÇÃO

Sumário: 233. O risco na finalidade objetivada. 234. Contrato de serviço com risco. 235. A especialização na convivência contratual. 236. Elementos e requisitos do contrato. 237. Previsão diante da imprevisão. 238. Caráter jurídico de direito interno. 239. Excepcionalização na finalidade do serviço.

233. O RISCO NA FINALIDADE OBJETIVADA

Em todos os contratos administrativos, com finalidade de obra pública ou de serviço público, como se depreende do capítulo anterior, prevalecem esquemas econômicos e financeiros que se formalizam no momento da celebração do acordo contratual.

A garantia da execução da obra ou da prestação do serviço tem suporte econômico numa exata programação financeira. Nas *obras*, a questão se coloca, conforme índices de desenvolvimento, na existência de recursos previamente determinados. Nos *serviços*, o problema envolve inversão de capitais e custos operacionais.

Nas obras públicas, a responsabilidade *no pagar* fica com a Administração. Nos serviços públicos, a responsabilidade *no prestar* para receber fica com o particular. Tudo, porém, exigindo nos contratos, conforme as peculiaridades dominantes, já de início na consensualidade, o atendimento do interesse público.

Contudo, há contratações cujas garantias têm sede na própria prestação do serviço. Acordos que se constituem, não visando resultados imediatos, mas resultados que dependem do sucesso da finalidade objetivada, efetivam os contratos de *risco*. Modalidade na categoria onde a Administração espera alcançar os seus propósitos públicos¹.

Na hipótese dos contratos de risco, o serviço a prestar corresponde a trabalhos de pesquisa. A concessão se dá com o compromisso de pes-

1. É o caso, na categoria, dos contratos em que a PETROBRÁS intervém, pois, pelo art. 169 da Constituição, "a pesquisa e a lavra de petróleo em território nacional constituem monopólio da União, nos termos da lei".

quisar. No que advém das pesquisas não se fazem obrigações públicas. É este um contrato, na tipologia das concessões, marcado *in casu* nas relações por vínculos aleatórios.

234. CONTRATO DE SERVIÇO COM RISCO

Decorrência do mandamento constitucional, no qual o risco vem determinado no acordo, a concessão na categoria do contrato estrutura-se sob condições finalísticas, segundo regras mercê das quais o serviço a explorar depende de soluções emergentes, isto é, de resultados só avaliáveis no curso da prospecção².

Tal concessão, em virtude da finalidade, pode ser considerada *sui generis*, pois não afeta usuários³. Quanto à Administração, assinado o pacto, fica na expectativa do resultado da prestação do serviço, tendo em conta a bilateralidade na conjunção de vontades e o instrumento formal com respeito às estipulações consensualizadas.

Sem dúvida, nas relações, o documento formalizador do acordo, se autodenominando “contrato de serviço”, caracteriza além de relações um elenco de obrigações entre Administração e co-contratante, ou seja, uma concessão para realizar as operações necessárias para explorar, avaliar e desenvolver pesquisas em áreas regularmente concedidas⁴.

Questão, no Brasil, de monopólio, também é questão de lei⁵. Deve por isso o contrato manter em suas cláusulas disposições que não con-

2. Em termos, na tipologia das concessões, “são variadas as espécies, na sua natureza econômica: de serviços públicos, de realizações de obras públicas, de ocupação de lugares públicos, de exploração de recursos estatais, de cessão de uso de portos, de exploração de recursos minerais. Igualmente variados são os regimes jurídicos de cada espécie de concessão, além de variarem segundo as legislações...” (v. Guido Fernando Silva Soares, *Concessões de exploração de petróleo e arbitragens internacionais*, São Paulo, 1977, p. 49-50). “O contrato de risco é um típico contrato administrativo e, assim sendo, é no Direito Administrativo que se devem buscar os elementos necessários à sua correta interpretação e aplicação” (v. Adilson Abreu Dallari, *Contrato de risco*, *Revista do Tribunal de Contas*, Município de São Paulo, Ano VIII, 1980, p. 28. Por sua vez, Silvio Neves Baptista aprecia o “contrato de risco”, como um simples contrato de prestação de serviços, mas com uma “cláusula de risco”, em virtude da finalidade e dos resultados duvidosos. Consultar *Contrato de risco no Direito brasileiro*, Recife, 1976.

3. Guido Fernando Silva Soares, op. cit., p. 50.

4. Guido Fernando Silva Soares, op. cit., p. 123-4.

5. Conforme Lei n. 2.004, de 3 de outubro de 1953, que concede à PETROBRÁS, em bases exclusivas, o direito de monopólio instituído em favor da União Federal. No Brasil, assim, o monopólio estatal do petróleo não prejudica a normalidade jurídica dos *contratos de risco*, não obstante o Estado manter o controle absoluto sobre todas as fases cobertas pelas contratações. Via de regra, nos acordos, a PETROBRÁS só faculta à empresa contratante adquirir parte do petróleo descoberto, desde que o País não esteja em crise de abastecimento, reconhecida por ato público

trariam nos regimes a legislação pertinente, ficando o co-contratante limitado a uma área geográfica discriminada e com o direito de nela exercer atividades com ampla liberdade de ação.

235. A ESPECIALIZAÇÃO NA CONVIVÊNCIA CONTRATUAL

Pela sua adequação jurídica, os chamados *contratos de risco* para a exploração de bens naturais podem ser enquadrados entre os contratos administrativos de prestação de serviços técnicos especializados, já que pelo regime adotam regras e normas de convivência contratual, de relações específicas que impõem obrigações.

Além do mais, é de observar que na formação e formalização, embora quanto a recursos naturais hajam diversidades factuais, os contratos de risco assumem, no propósito de aproveitamento econômico de áreas geográficas, uma finalidade concreta onde as partes se integram conforme as circunstâncias naturais do serviço concedido.

O regime jurídico, portanto, não pode ser outro que o regime contratual. Uma parte concedendo e outra recebendo, o concedido realiza o contrato administrativo. Basta, para isso, a participação da Administração por qualquer dos seus órgãos diretos ou indiretos para que o contrato ganhe categoria tipicamente administrativa⁶.

Aplicável, em face da lei e da ordem administrativa, os contratos de risco trazem, na sua estrutura, os elementos e os requisitos indispensáveis ao conhecimento dos contratos administrativos, distinguindo-se dos demais em razão do serviço que mesmo concedido não perde seu conteúdo jurídico de monopólio estatal.

unilateral. A exorbitância, nas cláusulas, decorre do oferecimento do serviço contratual. Em resumo: na eventualidade de encontrar petróleo, o resultado será do co-contratante, mas concluída esta fase a PETROBRÁS assumirá todas as operações de produção. “Os contratos celebrados, conforme informa a PETROBRÁS, apresentam as seguintes características gerais: a) a empresa contratada executa todas as operações necessárias à exploração da área objeto do contrato e ao desenvolvimento dos campos descobertos; b) a contratada assume a responsabilidade total pelos investimentos na exploração e desenvolvimento dos campos descobertos, bem como de outros custos estipulados no contrato; c) a remuneração pelos serviços executados e despesas feitas, considerando o risco corrido pela contratada, é estipulada no contrato, podendo ser em moeda ou com participação na produção do óleo; d) o reembolso dessas despesas só se verificará se as descobertas permitirem uma produção comercial; e) todos os programas realizados, bem como os investimentos envolvidos, estão sujeitos à aprovação prévia da empresa estatal contratante; f) a empresa estatal contratante continua sendo a única proprietária das reservas evidenciadas na descoberta do óleo pela contratada, bem como dos produtos obtidos, das áreas e de todas as instalações feitas” (v. Adilson Abreu Dallari, op. et loc. cit., p. 26).

6. Basta examinar a posição da PETROBRÁS pelo art. 169 da Constituição e pelas disposições da Lei n. 2.004, para saber na constituição do monopólio que o Estado, pela Administração, é parte em todos os contratos.

236. ELEMENTOS E REQUISITOS DO CONTRATO

A doutrina, não podendo encobrir faculdades que a lei concede fundada em fatos que vão da motivação à finalidade, não cabe levantar suspeitas sobre a natureza jurídica dos contratos de risco que quando desintegrados apresentam integrados os mesmos elementos, requisitos e características dos contratos administrativos.

Ninguém polemiza, sem dúvida, a qualificação das partes, o interesse e o serviço público a prestar. Nem é tema polemizante, quando o Estado possui monopólio, buscar a colaboração do particular, a fim de desenvolver atividades que dependam de capacitação técnica especializada, sem a qual fica impossível a finalidade.

Incontestavelmente, “o contrato de risco constitui modalidade de contrato administrativo, pois representa um acordo de vontades, no qual participa o Poder Público, ainda que sob a forma de uma sociedade de economia mista, criando direitos e obrigações com vistas à satisfação de um interesse público”⁷.

Entretanto, se as relações não afiançam *certeza* na consecução da finalidade, afirmam *certeza jurídica* no tocante às obrigações. Este é um ponto em que a condição aleatória do acordo não prejudica sua natureza administrativa diante do figurado interesse público.

237. PREVISÃO DIANTE DA IMPREVISÃO

O risco, que se confunde com a finalidade, nada tem a ver com o contrato propriamente dito, já que o resultado *possível*, constituindo interesse perseguido, não afeta até final relações e obrigações assumidas na reciprocidade. O problema, também, na sua exata colocação prática, é de previsão diante da imprevisão quanto a fins⁸.

Na ordem jurídica, o contrato de risco configura-se administrativamente, não dependendo o risco de cláusulas expressas e sim da finalidade projetada a perseguir. As obrigações de parte da Administração é que devem consubstanciar disposições regradas. O co-contratante, uma vez concedido o serviço, tem na finalidade a razão do sucesso ou insucesso do pactuado.

7. Armando de Oliveira Marinho e Zairo Lara Filho, *Programa de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1976, p. 131.

8. “O resultado incerto que compromete a probidade administrativa não se tipifica, pois o pagamento a ser efetuado é que dependerá do resultado da atividade a ser desenvolvida. A concessionária de exploração investirá capital e tecnologia na prospecção do petróleo e receberá, em pagamento, um percentual sobre o petróleo extraído, em consequência de seu trabalho exclusivo” (v. Armando de Oliveira Marinho e Zairo Lara Filho, op. cit., p. 132).

As características, por força da lei e das relações contratuais, *in casu*, dimanam de alguns pressupostos facilmente verificáveis, no tocante, por exemplo, à busca de petróleo:

- “a empresa contratada executa todas as operações de exploração”;
- “os custos de investimento de exploração e execução são de responsabilidade total da contratada”;
- “o reembolso das despesas só ocorrerá se houver produção comercial de óleo”;
- “a remuneração pelos serviços executados, considerando o risco corrido pela contratante, é estipulada no contrato, podendo ser em moeda ou em participação na aquisição da produção de óleo”;
- “todos os programas e investimentos estão sujeitos à aprovação prévia da empresa estatal, única proprietária das reservas descobertas, dos produtos obtidos, das áreas e de todas as instalações feitas”⁹.

Todavia, os pressupostos não deixam de ser variáveis, nem as cláusulas de variação de serem consensuais. Como em todo e qualquer contrato administrativo, entre a causa-motivação e o objeto-finalidade há larga margem de entendimento marcado pelo interesse público ou pelo comum interesse das partes quando livres para contratar.

238. CARÁTER JURÍDICO DE DIREITO INTERNO

Qualificados os objetivos que constituem a finalidade dos contratos de risco, como, *in casu*, os de promover a prospecção e a exploração das riquezas naturais, não existem outros instrumentos eficazes senão aqueles recomendados pelo Direito Administrativo.

Na organização administrativa, a entidade que estiver integrada na Administração indireta, tendo a iniciativa para contratar, sejam quais forem as pessoas participantes da contratação, no interesse público há de buscar as soluções consensuais que atendam a lei em consonância com as diretrizes programadas¹⁰.

Nos contratos de risco, o caráter jurídico é sempre de direito interno, embora o co-contratante possa ser pessoa de outra nacionalidade. Aliás, o importante reside na capacidade das partes contratantes, não na origem da pessoa tal como acontece nos empréstimos públicos.

Mediante consenso, a lei aplicável é a do lugar do contrato, podendo o acordo prevenir nas hipóteses de litígio a audiência de árbitro ou de

9. Armando de Oliveira Marinho e Zairo Lara Filho, *op. cit.*, p. 132-3.

10. Quando a detentora ou executora do monopólio estatal faz acordo para pesquisa ou exploração de recursos naturais, estará adotando de maneira clara o *modo concessão* para a prestação de serviços técnicos especializados, porque a simples autorização como ato unilateral não basta para comprometer obrigações que só

arbitragem neutra para avaliar situações e posições de direito. Tratando-se de concessões, a finalidade dita o conteúdo das cláusulas.

Evidente que, “quando uma das partes é órgão da Administração direta ou indireta e a outra entidade é privada e estrangeira”, fique razoável a esta última procurar “proteger-se de eventuais modificações no regime legislativo aplicado ao contrato”¹¹.

Entretanto, claro que preponderam as cláusulas do ajuste, o interesse peculiar nacional e o problema da soberania nas áreas a explorar do território nacional. A sede do contrato, concluído com pessoas privadas estrangeiras, apenas diz com o direito da nação concedente e com o particular que aceitou o concedido.

239. EXCEPCIONALIZAÇÃO NA FINALIDADE DO SERVIÇO

Os aspectos teóricos, nos contratos de risco, não prevalecem sobre os aspectos práticos de direito interno. Chamada a pessoa estrangeira a contratar voluntariamente, estabelecendo o Direito Administrativo interno como devam ser as contratações, não se pode *a posteriori* invocar nos conflitos preceitos do Direito Internacional¹².

A lei do contrato, *lex inter partes*, nas convenções de risco, quando nações não possuem condições técnicas na especialização, realiza relações que se consumam por direitos nacionais, a não ser que o monopólio não seja um fato jurídico determinante das obrigações contratuais.

No entanto, quando, num contrato de risco, fala-se em juízo arbitral nos casos controvertidos, “a intenção das partes é clara e indica que a solução dos litígios entre elas processar-se-á por via arbitral”¹³. A rela-

assumidas na bilateralidade produzem eficácia e responsabilidade. Considere-se, então, assim, que “o objeto do contrato é a prestação de serviços técnicos e financeiros; os serviços técnicos compreendem a exploração, a operação e o desenvolvimento de campos de petróleo comercialmente operáveis; os serviços financeiros se referem ao fornecimento de todos os recursos necessários à execução do contrato” (v. Adilson Abreu Dallari, op. et loc. cit., p. 26).

11. Luiz Olavo Baptista, *Contrato de risco*, São Paulo, 1976, p. 39.

12. O problema aqui é a lógica na aplicação do direito. Os contratos públicos assinados num determinado país não estão necessariamente submetidos à lei do Estado estrangeiro. Se a pessoa estrangeira e privada chega para contratar-se não pode senão submeter-se ao Direito Administrativo e Constitucional do sujeito ativo da contratação.

13. Luiz Olavo Baptista, op. cit., p. 61. Em síntese, no dizer de Adilson Abreu Dallari, “o contrato de risco é uma espécie nova e autônoma de contrato administrativo que merece muito estudo e reflexão, em virtude não só de sua importância atual, como principal e mais moderna forma de exploração de jazidas petrolíferas”, considerando na categoria, “seja a seleção do contratante particular, seja a execução contratual”, isto é, os elementos que se integram nas relações contratuais (op. et loc. cit., p. 28). Isto porque, nos conflitos quanto à execução, o que vale, em princípio, é a vontade declarada das partes, os compromissos ajustados

ção jurídica, porém, está no contrato, na vontade da Administração harmonizada com a vontade particular¹⁴.

Embora prevalecendo a lei nacional, os contratos de risco, quando concluídos pela Administração, ficam assemelhados aos demais contratos administrativos. Excepcionalizam-se, porém, pela finalidade do serviço a prestar. A pessoa do contratante particular, não obstante estrangeira, não altera a posição jurídica das partes com respeito a relações, obrigações ou direitos¹⁵.

Não há como estudar um contrato de risco senão objetivamente, dando a ele natureza administrativa conforme se propõe, ficando irrelevante nos conflitos a solução das controvérsias pela arbitragem, pois o equacionamento dos problemas técnicos ou jurídicos constitui questão de mérito que não vai além do *pacta sunt servanda*.

e os direitos figurados. Já que prevalece a lei nacional, mesmo aleatórios, os contratos de risco fazem acordos comutativos, não deixando nunca de estar flagrante o princípio da responsabilidade, embora prevaleçam os elementos de caráter público.

14. André de Laubadère, *L'application aux contrats administratifs de la théorie des risques*, in *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris, 1956, t. 2, p. 61-2.

15. "A natureza dos contratos será deduzida da qualidade das partes no contrato e de seu objetivo" (v. Luiz Olavo Baptista, op. cit., p. 13). A posição, no Brasil, em face das relações jurídicas perseguidas nos *contratos de risco*, foi tomada oficialmente para amplo conhecimento dos interessados (*Nota* do Palácio do Planalto e do Ministério das Minas e Energia), fixando que "todos os investimentos necessários à perfuração dos poços adicionais e às facilidades de produção correrão por conta da contratante, a partir dos recursos líquidos gerados pelo próprio campo". A *Nota* assegura "que uma das principais razões que levaram o Brasil e diversos outros países a optarem pelos contratos de risco, na pesquisa do petróleo, foi a de que este sistema permite uma mobilização de capacidade técnica de alto nível e financeira suplementar, com a vantagem de somente serem pagas as despesas com os poços que vierem a ser descobertos". Na verdade, o *risco*, na finalidade, é uma condição de eficácia. Atingida a finalidade, desaparece o risco, concluindo-se o negócio jurídico nos termos exatamente propostos.

CONTRATO DE FUNÇÃO OU EMPREGO PÚBLICO

Sumário: 240. Colocação do problema. 241. Vínculo jurídico entre Administração e funcionário. 242. Condições que regulam a relação. 243. Relação de função ou emprego. 244. Pacto consensual marcado de conteúdo próprio. 245. Idéia de servir e idéia de prestar. 246. Vínculo contratual nascido da investidura.

240. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

Não é demais dizer, de início, que por detrás da função ou emprego público está o homem, o *indivíduo* como pessoa física, realizando nos diferentes planos da organização administrativa atividades em regime jurídico de trabalho remunerado.

Há que se estudar, portanto, na relação estabelecida, os vínculos que emanam do ingresso na função ou emprego, que é o que preocupa o analista dos aspectos obrigacionais bilateralizados, tocando a figura do contrato na tipicidade, elementos, requisitos e características¹.

Não cabe aqui, neste capítulo, apreciar a noção de *função* pública ou o conceito de *serviço* público na sua distinção já detectada em passagens deste livro, mas somente as *relações* que diante de *obrigações* qualificam o regime contratual, a categoria resultante de uma relação jurídica facilmente constatável.

No Brasil, como em outras nações, a matéria envolve posicionamento constitucional, desde o acesso aos cargos públicos até o desfazimento das relações². Ficando oportuno lembrar a investidura estatutária e aquela regulada pela legislação trabalhista.

Neste capítulo, porém, apenas preocupa em particular o estudo do regime jurídico, o *regime* no sentido objetivo, material ou substancial, des-

1. "Com toda razão se vem dizendo que os *funcionários* são elementos de todo o Estado *oficial* e que a ação do Estado se traduz em atos de funcionários" (v. Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1978, t. 3-B, p. 9).

2. Constituição, Cap. VII, Seção VIII, arts. 97 a 111.

tacando como nota característica a *relação existente* que dá unidade jurídica a acordo bilateralizado entre Administração e servidores, envolvendo tutela, deveres e conseqüentes direitos.

241. VÍNCULO JURÍDICO ENTRE ADMINISTRAÇÃO E FUNCIONÁRIO

Evidentemente, “existe entre a Administração e o funcionário um vínculo jurídico que como tal não pode ter outra origem além da lei e do contrato”³. Destarte, as posições doutrinárias conduzem a duas situações jurídicas:

— quando o vínculo vem estabelecido na lei, seu caráter fica obrigatório;

— quando não caracteriza livre manifestação de vontade.

De qualquer maneira, nos enfoques, surpreende-se a contratação, porque, desde que haja determinação de duas vontades tendentes a produzir efeitos jurídicos, tem origem a figura do contrato. De um lado a Administração oferece a função e seu exercício, de outro o administrado recebe a função mediante compromisso e remuneração.

Uma imposição presuntiva jurídica ressalta da conduta das partes:

— ambas aceitam voluntariamente conjugar vontades;

— ambas perseguem harmônicos interesses opostos.

À Administração interessa o serviço prestado com exação. Ao particular a função e a contraprestação financeira. A unidade contratual perfecciona-se a partir do ato administrativo condicionador de relações, obrigações, deveres e direitos.

242. CONDIÇÕES QUE REGULAM A RELAÇÃO

No passado, embora discutível tenha sido a natureza das relações, de longe vingou a idéia prática da existência do contrato de função ou emprego público, não obstante predominassem regras de Direito Privado⁴. A finalidade, essencial na qualificação, ganhou atenção com a assimilação pelo Direito Administrativo de um *status* legal identificando vontades e efeitos jurídicos⁵.

3. Miguel Angel Bergaitz, *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, 1952, p. 147.

4. H. Nézard, *Théorie juridique de la fonction publique*, Paris, 1901, p. 246-53.

5. Gaston Jèze, *Théorie générale des contrats de l'administration*, Régime juridique du droit public, in *Les principes généraux du droit administratif*, Paris, 1934, t. 1, p. 3.

As condições que regulam a *relação* não exigem a Administração de tornar-se em parte, nem a pessoa admitida na função de adquirir *obrigações*, pois “a relação jurídica que une o empregado com o Estado” realiza “contrato de Direito Público administrativo”, e isto, “com todos os caracteres próprios de ditos contratos” ⁶.

Como toda função ou serviço corresponde a uma finalidade, variáveis podem ser as relações e as obrigações, conforme acontece com a contratação de técnicos e técnicas especializadas. Contudo, a relação de função ou de emprego público não tem efeito retroativo, rege-se *ex nunc* do presente para o futuro.

Na verdade, a própria relação peculiar estrutura-se pela natureza da função. Todo problema, porém, tem de ser colocado, conforme regras que regulem o ingresso na Administração ⁷. Do ingresso, jurisdicionam-se as relações e jurisdicizam-se as obrigações, competência, atribuições e o regime jurídico da nomeação.

Resulta, pois, na doutrina e na prática corrente, que *de juri* a natureza da função faz a relação contratual. Valendo na formação do acordo, o ato unilateral da Administração e o consentimento do administrado, embora suscetível de ser modificado, o ato pode necessariamente variar conforme normas reguladoras da prestação dos serviços ⁸.

Visualizando obrigações, vínculos conseqüentes de condições, a relação de função ou de emprego público, *stricto sensu* e em razão da finalidade, constitui contrato administrativo de participação, já que o administrado, quando investido de poderes ou faculdades, atua em nome da Administração.

243. RELAÇÃO DE FUNÇÃO OU EMPREGO

Melhor explicitando, “a relação de função ou emprego público não é legal ou regulamentar, porque tal relação não surge precisamente da lei ou de regulamento, senão de *consentimento* de ambas as partes: Administração e administrado” ⁹. *In casu*, o consentimento do particular é essencial e fundamental nas projeções do pacto de serviço.

A potestade de alterar ou modificar relação de função ou emprego público possui suas limitações jurídicas, sejam estatutárias ou de trabalho, de lei ou legislação pertinente. Os pressupostos na alteração ou modifi-

6. Miguel Angel Berçaitz, op. cit., p. 153.

7. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, Funcionários públicos, posição constitucional e regime jurídico, in *Curso de direito administrativo*, São Paulo, 1979, p. 89-112.

8. M. Petroziello, Il rapporto di pubblico impiego, apud V. E. Orlando, *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 1935, t. 2, p. 96-105.

9. Miguel S. Marienhoff, op. cit., t. 3-B, p. 189.

cação têm suporte na licitude ou juridicidade do comportamento do funcionário-administrado.

Tanto a figura do tipo de contrato ganha dimensões jurídicas que a relação simplesmente não se quebra com a aplicação de sanções disciplinares ou corretivas, uma vez que a estabilidade não é somente uma garantia, porque quando adquirida afeta o conteúdo da relação protegendo o agente administrado contra possíveis situações lesivas.

Existindo o contrato, existe hoje com base nos direitos, deveres e garantias dos funcionários¹⁰. Acresce notar, no tocante ao instituto contratual, que, superadas as discussões em torno da tese contratualista, o que prepondera são as obrigações diante das relações, criando vínculos jurídicos estáveis de momento vigentes¹¹.

A relação funcional, por sua vez, diante do direito objetivo, nasce com o ingresso do administrado na função pública. Exercitado o ato-condição unilateralmente, os efeitos subjetivos alcançam o funcionário, dando-lhe qualificado *status* jurídico, com a situação bilateralizada integrando numa unidade o sujeito ativo e o sujeito passivo.

244. PACTO CONSENSUAL MARCADO DE CONTEÚDO PRÓPRIO

O sujeito ativo é, sabemos, a Administração, expressando sua vontade. O passivo, a pessoa do administrado, dando seu consentimento. Na realidade, subordinados a relação funcional, tanto a Administração como o administrado constituem um pacto consensual marcado no seu conteúdo por garantias, obrigações e direitos.

Torna-se uma obrigação básica nascida da relação funcional que o funcionário desempenhe pessoalmente atribuições *intuitu personae*, já que a relação, pelo seu valor jurídico, pode extinguir-se com a cessação do *vinculus iuris*, ou seja, desaparecer ante manifestações estranhas em face de determinadas condições recíprocas.

Aqui, “o elemento finalidade que inspira todo o Direito Público moderno se faz novamente presente”¹². Por isso, não basta a vontade das

10. Julio A. Prat, Los funcionarios públicos, in *Derecho administrativo*, Montevideo, 1978, v. 1, t. 3, p. 54.

11. “De plano, o *estatuto do funcionário*, Lei n. 1.711, de 28 de outubro de 1952, não é código que não possa sofrer alterações, porque cabe à Administração a faculdade de organizar seu funcionalismo e de modificar sistemas ou estruturas. A lei federal (Constituição, art. 109), de iniciativa exclusiva do Presidente da República, respeitadas as condições de acesso e investidura (arts. 7.º, § 1.º, 108, § 2.º), é que virá para definir: a) o regime jurídico dos servidores; b) forma e condições de provimento; c) condições para aquisição de estabilidade. Diante do critério finalístico, subordinando interesses particulares à conveniência geral, a relação estabelecida é de poderes e deveres no exercício da função” (v. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, op. cit., p. 94-5).

12. Julio A. Prat, op. cit., t. 3, v. 2, p. 183.

partes para extinguir a relação, porque quando firmada torna-se bilateral. Qualquer que seja o critério de admissão, o regime, no Direito Administrativo, é orgânico e contratual.

Em razão da estabilidade ou da efetividade com estabilidade, os vínculos relacionais têm um caráter permanente, não querendo isso dizer que as relações sejam sempre as mesmas ou que a finalidade não venha diversificada nos objetivos de interesse público.

245. IDÉIA DE SERVIR E IDÉIA DE PRESTAR

Genericamente, tomado o serviço público como essencial à atividade administrativa, conjugando a idéia de servir com a idéia de prestar, temos diante de nós a Administração, a função e o funcionário, realizando um acordo revestido de todos os elementos, requisitos e características do contrato administrativo.

Em tese, a controvérsia, na doutrina, não exclui a natureza das relações e das obrigações, ficando insuficiente apenas considerar-se a vontade pública sem o concurso da vontade privada. Sob critérios integrativos, portanto, aparece a figura contratual, surpreendem as relações por meio das partes, perseguindo um *comum* interesse.

A comum intenção das partes faz consensualismo nos contratos de emprego ou função pública. Supõe que as partes se entendendo formem uma única vontade, principalmente na referida categoria onde as condições de validade constituem competência no exercício da função.

Embora domine o interesse público, “a forma jurídica do provimento do indivíduo na função pública tampouco pode constituir característica individualizadora”, somente porque “na nomeação há um ato unilateral perfeito, cuja eficácia depende da aceitação posterior do indivíduo nomeado”¹³.

Dois pontos, entretanto, pela sua importância e conseqüências práticas, ficam indiscutíveis:

— o acordo só passa a consumado no momento em que as duas vontades acordam formalizar a investidura pela posse;

— conclui-se a relação jurídica e a situação contratual quando da aceitação da função ou do serviço convencionado.

Na mecânica administrativa, parece evidente que a prestação pessoal na função “contém uma norma objetiva que se inicia por um ato unilateral”, e também uma norma convencional que afeta um serviço público, organizado dentro da Administração, ocasionando o contrato administrativo”¹⁴.

13. Mario Gallo, *Il pubblico impiego, La disciplina particolare dei singoli rapporti amministrativi iuri publico aventi carattere formalmente contrattuale*, in *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, Padova, 1936, p. 145-65.

14. Recaredo F. de Velasco, *Los contratos administrativos*, Madrid, 1927, p. 309-10.

Compreende-se, portanto, como funcionário ou agente administrativo, a pessoa que, no exercício de função ou emprego público, em virtude da natureza da relação jurídica, assume obrigações quanto a deveres e direitos. Não há nunca uma função imposta e sim um contrato que no seu conteúdo tem como fonte única a lei na organização.

246. VÍNCULO CONTRATUAL NASCIDO DA INVESTIDURA

O *vinculum juris* estabelecido entre o funcionário e o Estado é de natureza contratual, pois “a circunstância de caber ao Estado a estruturação do regime jurídico do emprego ou função pública, unilateralmente, de modo algum desnatura o caráter contratual da relação jurídica, porque é imprescindível o consentimento ou adesão do agente”¹⁵.

Na verdade, o contrato de função ou emprego, mesmo quando regulamentar ou estatutário, na categoria, efetiva um tipo de contrato administrativo. Não há, diante das relações e obrigações, diferença substancial entre o regime estatutário e as demais convenções administrativas que visam funções e serviços.

O vínculo contratual de função ou emprego público nasce da investidura que no exato momento cria situações jurídicas, dando à pessoa particular qualificações para o exercício da atividade administrativa. Ao formalizar-se o vínculo, a questão se coloca no plano da responsabilidade, a nível de obrigações, deveres e direitos.

Não obstante, não se pode esquecer a existência de prestações e contraprestações, a correspondência entre trabalho e remuneração, tudo caracterizando variado regime contratual. Na realidade, as fórmulas apenas teóricas não convencem, uma vez que no contrato de função ou emprego existem partes, vínculos e uma finalidade a cumprir.

Devido a conseqüências e projeções, a finalidade do contrato é que deve ser examinada sob o aspecto da legalidade, tendo em vista verificar a conduta da Administração, se agiu cumprindo requisitos indispensáveis à normal investidura, a fim de que possa o hermenauta apurar a validade do ato transformado em contrato.

Indaga-se a finalidade, porque a *finalidade* diz com a função e a *função* com as qualificações legais da pessoa admitida pela Administração. Tudo perfeito e normal, a medida administrativa tomada consagra relações e obrigações contratualizadas, deveres e direitos nos limites da competência.

15. J. Cretella Júnior, Contrato de função pública, in *Tratado de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1967, v. 3, p. 185.

CONTRATOS INTERORGÂNICOS OU INTERADMINISTRATIVOS

Sumário: 247. Comunhão de interesses. 248. A presença de dois ou mais sujeitos. 249. Relação e vinculação administrativa. 250. Coordenação diante da finalidade. 251. A relação jurídica interadministrativa. 252. Fatos e finalidade coincidente. 253. Cooperação e relações. 254. Capacidade de direito como atributo jurídico.

247. COMUNHÃO DE INTERESSES

Na categoria, os contratos interorgânicos, também chamados interadministrativos, realizam comunhão de interesses públicos entre poderes, órgãos, pessoas, entidades da Administração direta ou indireta, objetivando serviços a nível hierárquico ou de dependência nos regimes organizacionais.

Constituem acordos, na área interna administrativa ou na externa, tendentes a produzir resultados qualificados, no sentido de uma mais íntima colaboração entre partes. Neles não aparece a figura da pessoa privada. Efetiva-se entre pessoas jurídicas de Direito Público ou órgãos a elas subordinados¹.

No geral, o acordo interorgânico ou interadministrativo consuma-se diante de serviços em que devem intervir organismos integrados na organização administrativa, tendo por relação convencional determinado serviço que não pode concluir-se longe da colaboração especializada de órgãos considerados competentes para contribuir.

248. A PRESENÇA DE DOIS OU MAIS SUJEITOS

In casu, na categoria, é interorgânico ou interadministrativo aquele contrato concluído entre entidades públicas estatais. Ganha vida jurídica nos convênios e tratados, no ajuste de colaboração em que as partes, diante

1. Juan Carlos Cassagne, Los contratos de la administración pública (El contrato inter-administrativo), in *Estudios de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1975, p. 39.

do interesse maior, cada uma dá à outra condições reais que possibilitem a realização de serviços.

A presença “de dois ou mais sujeitos estatais no tipo de acordo é precisamente o que vai imprimir à contratação modulação especial, caracterizada pela ausência de prerrogativas exorbitantes do direito comum, suscetíveis de afetar o princípio de unidade da ação”².

O que vale na categoria é o trabalho-serviço a realizar e não o serviço a prestar. O acordo, fixada a natureza das tarefas, dá a cada parte o que ela deva contribuir, sejam recursos informativos, técnicos ou financeiros, a fim de, mediante unidade de ação, tornar possível o alcance da finalidade comum às partes ou a uma delas somente.

249. RELAÇÃO E VINCULAÇÃO ADMINISTRATIVA

Criam-se, assim, em face da relação estabelecida, vinculações administrativas no tocante às obrigações, ou seja, uma dependência permanente e recíproca enquanto não atingida a finalidade da tarefa ou serviço a realizar.

Na categoria, o contrato interorgânico ou interadministrativo possui os mesmos elementos das demais categorias administrativas, menos os requisitos de conteúdo ou prazo, atendendo a capacidade dos pactuantes, o interesse manifesto na prestação e o limite dos efeitos quanto à participação das partes³.

Nos requisitos e nas características residem, por força da dependência permanente e recíproca, as relações ajustadas, a diferença das outras categorias, a tipificação que dá caráter ao acordo convencionado, ao mesmo tempo de participação e de colaboração.

Em razão do regime jurídico, no qual a manifestação de vontade emana de pessoas públicas, de parcelas de poder administrativo na competência, dada a natureza peculiar de que se reveste o contrato, dispensáveis ficam os processos seletivos ou a licitação, como também sanções inaplicáveis aos entes estatais.

2. Juan Carlos Cassagne, op. et loc. cit., p. 39.

3. A relação, na categoria, também é de coordenação. Os sujeitos que nela figuram encontram-se quase sempre colocados num plano de igualdade com respeito à capacidade funcional. Todavia, enquanto vigir o acordo, já que existe uma *relação*, é preciso que esta relação determine uma *obrigação*. A coordenação, portanto, no interesse administrativo, é a característica fundamental do contrato entre entidades estatais, ficando presente o princípio da hierarquia. A motivação, entretanto, fundamenta a necessidade da coordenação. Dois são os requisitos: competência e capacidade. Ambos decorrendo do consentimento, embora as vontades não sejam opostas.

250. COORDENAÇÃO DIANTE DA FINALIDADE

Já demonstrou a doutrina, em face de realidades criadoras de relações, “que nos contratos interadministrativos as partes se encontram em uma situação de igualdade, sem subordinarem-se umas às outras, em virtude de uma verdadeira coordenação, não obstante tais contratos afetarem questões de caráter administrativo, pelo objeto que perseguem”⁴.

Nas categorias correntes, para que exista um contrato administrativo, é preciso que pelo menos uma das partes seja a Administração. Todavia, nos interadministrativos, os pactuantes ou as partes serão entes públicos. A motivação e a finalidade dominam as relações e as obrigações, sobretudo a finalidade.

No sentido interorgânico ou interadministrativo, “o princípio da coordenação visa a entrosar as atividades da Administração, de modo a evitar a duplicidade de atuação, a dispersão de recursos, a divergência de soluções e outros males característicos da burocracia”⁵, autorizando pactos que na finalidade objetivem interesses comuns.

A coordenação, pois, não é uma simples palavra sem conteúdo na terminologia jurídico-administrativa. A própria vida do Estado extroverte-se por meio de um complexo de órgãos, colimando objetivos determinados ou comuns⁶. Operando em conjunto, tem nos interadministrativos os instrumentos hábeis de unidade nos propósitos.

251. A RELAÇÃO JURÍDICA INTERADMINISTRATIVA

Inscrevem-se na categoria interadministrativa os convênios, uma vez considerados como acordos firmados por entidades públicas de qualquer nível na ordem da organização administrativa, muito embora as partes possuam idênticos interesses comuns e não opostos.

A palavra *convênio*, significando *convenção*, significa acordo de vontades voltadas para uma mesma finalidade. Havendo relações e obrigações, os vínculos, quando materializados, possuem valores que, formalizados, ganham dimensões contratuais. O problema não é apenas terminológico, mas de relações, obrigações e finalidade⁷.

4. Hector Jorge Escola, *Noción y caracterización de los contratos administrativos*, in *Estudios de derecho administrativo*, Montevideo, 1979, t. 1, p. 125. Também na mesma posição: Manuel María Díez, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1965, t. 2, p. 548; Enrique Sayagues Laso, *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, 1959, t. 1, p. 590.

5. Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo, 1978, p. 699.

6. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Comentários à reforma administrativa federal*, exegesc do Decreto-lei n. 200, São Paulo, 1975, p. 79.

7. Na Constituição, art. 13, § 3.º “A União, os Estados e os Municípios poderão celebrar convênios para a execução de suas leis, serviços ou decisões, por intermédio de funcionários federais, estaduais e municipais”.

O importante é detectar, na relação procurada, a relação jurídica interadministrativa; o motivo pelo qual poderes e órgãos ajustam vontades, equacionam situações, fazem entendimentos nos limites de uma mesma finalidade. Não há razão de ser para que não se tenha como *contrato* um acordo convencionado entre pessoas jurídicas públicas⁸.

Ninguém ignora que tais relações existem e procedem, aparecendo como normais entre pessoas estatais. Não se trata, porém, de relações internas promovidas dentro de cada entidade pública, coordenando entre si diferentes órgãos que se integram e decorrem da organização administrativa.

252. FATOS E FINALIDADE COINCIDENTE

Fixemos, para clareza das situações criadoras, dois pontos de alta importância na atividade administrativa peculiar:

— “as relações jurídicas interadministrativas podem ter origem, igualmente às demais relações jurídicas administrativas, em atos e fatos”;

— “os atos podem ser unilaterais ou plurilaterais, estando compreendidos nestes últimos os contratos interadministrativos”⁹.

Evidentemente, inúmeros são os casos onde, na organização geral, dois ou mais órgãos cumprindo finalidades entram em oposição ou conflito, ficando de boa política administrativa buscar soluções adequadas que harmonizam interesses conflitantes entre *partes* da Administração, surgindo, então, a figura do convênio-contrato.

Acontece, em decorrência de fatos, que os entes públicos podem vincular-se convencionalmente, ficando fora de dúvida que, quando a finalidade que perseguem é coincidente, configura o contrato interadministrativo, e se podem convencionar-se, podem contratar-se¹⁰. A matéria, na ordem jurídica, provém do interesse público.

8. “O desenvolvimento constitucional no Direito moderno mostra, como característica cada vez mais acentuada, a multiplicação das pessoas jurídicas estatais. Isto foi motivado, como é natural, a fim de permitir que ditas pessoas públicas entrem em contacto umas com as outras no cumprimento de fins próprios, originando relações jurídicas interadministrativas” (v. E. Sayagues Laso, op. cit., t. 1, p. 589).

9. Enrique Sayagues Laso, ob. cit. — Relaciones jurídicas interadministrativas, in *Tratado*, cit., t. 1, p. 589.

10. “Os vínculos contratuais entre entes públicos têm sido utilizados com frequência e reconhecidos expressamente pelo direito positivo.” Merecem menção “as convenções ou os contratos entre Municípios para a exploração de serviços municipais”. Também é de aceitar a existência de “concessões outorgadas a entes públicos”. Em face da realidade nas relações, “anualmente são numerosos os convênios ou contratos celebrados pelo Estado com as demais pessoas públicas e por estas entre si” (v. Sayagues Laso, op. cit., t. 1, p. 591).

253. COOPERAÇÃO E RELAÇÕES

As normas ou regras, verificado um acordo concluído entre entidades públicas, no tocante, e que inspiram as contratações sancionadas pela prática, aplicam-se aos contratos interorgânicos ou interadministrativos, embora possam existir disposições excepcionais expressas ou implícitas que dão pela finalidade outro sentido às relações e às obrigações.

Aqui está, para análise do hermeneuta, um contrato que ganha corpo jurídico, por simples razão de sua finalidade. Nada obsta, portanto, em virtude de relações e obrigações, a que entidades públicas possam promover acordos com base na bilateralidade para uma comum e igual atuação administrativa ¹¹.

Com isto, as áreas internas *nacionais* como as externas *internacionais* ganham instrumentos de cooperação, podendo-se, conforme a natureza do serviço perseguido, estender relações, abrir perspectivas que permitam aos Estados desenvolver *metas* sobretudo econômicas, ora no campo da tecnologia, ora no âmbito da especialização.

Nas áreas internas *nacionais* é ainda maior o interesse na conjunção de esforços que levem a resultados comuns, principalmente entre Estados limítrofes, entre municípios da mesma área geoeconômica, entre pessoas públicas *internas* carentes de colaboração ou melhores técnicas.

O problema que é de lei, de Direito Positivo e Público, também é de relações nacionais e internacionais. Quanto aos instrumentos são os fornecidos pelo Direito Administrativo comparado. Os mesmos instrumentos de permanência histórica que, embora afetados pelas transformações sofridas pelo Direito Público, continuam sem iguais para o exercício de atividades essencialmente administrativas.

254. CAPACIDADE DE DIREITO COMO ATRIBUTO JURÍDICO

O consentimento e o acordo na competência constituem na categoria pressupostos básicos, já que os convênios ou tratados possuem o seu próprio regime administrativo. Quando a convenção tem incidências sobre determinadas relações, estas, para produzirem efeitos, concluem-se na figura do contrato.

Aliás, a característica fundamental, nos contratos administrativos, reside na capacidade de direito como atributo jurídico inseparável da personalidade, quer das pessoas privadas ou públicas, porém considerando:

- que a vontade das partes é limitada por lei;
- que a finalidade do acordo limita-se a si mesma.

11. Não há, também, inconveniente algum, na prática corrente, em chamar os contratos interadministrativos de contratos administrativos *internos*, a fim de que possamos diferenciá-los dos contratos administrativos *internacionais*, ou seja, concluídos entre uma nação e um Estado estrangeiro.

Embora, nos contratos interadministrativos em geral, possa não haver realmente autonomia contratual, não se pode negar a eles subordinação a uma causa motivante do ato de eficácia bilateral. E essa causa, sem dúvida, é o *interesse público*¹².

Principalmente nos interorgânicos ou interadministrativos, formalizados em qualquer área de atividade administrativa, domina a necessidade de realizar o interesse público. O que se indaga, na categoria, é a vontade do Estado/Administração, que deve corresponder à vontade da lei.

A causa, ou a motivação, entretanto, determinando o caráter interadministrativo do contrato e seu regime, deságua, em virtude da vontade manifestada, em pura manifestação de poder, toda vez que a finalidade esperada depende da participação de um ou mais interesses para completar a relação.

12. Rafael Bielsa, La autonomía contractual en el derecho público, in *Estudios de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1962, t. 2, p. 490.

9.^a PARTE

- CONTRATOS ADMINISTRATIVOS ACESSÓRIOS
- CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE FIGURAÇÃO PRIVADA
- QUASE-CONTRATOS ADMINISTRATIVOS
- INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS ACESSÓRIOS

Sumário: 255. Garantias no contrato administrativo. 256. Conceito administrativo de caução. 257. As garantias entre as obrigações. 258. A fiança como garantia. 259. O acessório integrando o principal. 260. O depósito-condição no contrato principal.

255. GARANTIAS NO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Os contratos administrativos *acessórios* não constituem necessariamente uma categoria, pois eles fazem na estrutura do acordo contratual uma condição *externa* jurídica de efetivação autônoma correspondente a outras operações sem as quais não há garantia pública para execução ou prestação do pactuado.

No Direito brasileiro, quando se fala em “natureza da garantia” usa-se da expressão “quando exigida”, deixando à Administração o exercício de uma faculdade que, não sendo obrigatória, passa a depender de um juízo de valor cujo alcance é de capacitação econômica¹.

Na verdade, toda vez que a Administração quer um serviço a ser executado ou prestado por particular, cabe a ela decidir da conveniência ou não de garantias, impondo na base de formação do contrato aquela que achar melhor adequada à finalidade pretendida². Embora *facultativas*, exigidas ganham imperatividade legal.

1. Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, art. 130, III.

2. “As relações com os administrados demandam, muitas vezes, garantias por parte destes de que cumprirão suas obrigações, geralmente resultantes de contratos mas, ocasionalmente, da própria lei. Constituem, destarte, verdadeiros *contratos acessórios* que ora poderão ser compulsórios, ora discricionariamente exigidos, adjetos a um contrato ou ato principal. Adotando a sistemática da Lei da Reforma Administrativa, diferenciamos as seguintes modalidades: caução, fiança e seguro-garantia. A primeira é um depósito em dinheiro ou títulos da dívida pública; a segunda é a obrigação solidária, assumida por terceiros, de prestar, se o obrigado principal não o fizer; e a terceira, variedade securitária, disciplinada nas leis pertinentes” (v. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1974, p. 134).

Variáveis, sem dúvida, podem ser as modalidades, não obstante no Direito brasileiro virem especificamente figuradas³. O critério, no entanto, para a exigência de prestação de garantia por parte dos particulares dá margem à Administração alargar cautelas que *garantam* a execução ou a prestação de serviços.

256. CONCEITO ADMINISTRATIVO DE CAUÇÃO

A caução, que pode ser em dinheiro, em títulos da dívida pública ou fidejussória, “é uma reserva de numerário, de valores ou de responsabilidade de terceiro que a Administração pode utilizar sempre que o contratante faltar a seus compromissos, o que o torna contratualmente em débito”⁴.

Diante da exigência de garantias, aparece no contrato um *terceiro* participante, após ter concluído com o co-contratante acordo *acessório* do principal gerador, por incluso na relação jurídica de obrigações que se integram ao exato cumprimento do ajustado.

A caução, relação real entre co-contratante e terceiros, insere-se no contrato administrativo a título definitivo, passando o compromisso externo a produzir efeitos a favor da Administração, que fica com o direito de exigi-la nos casos de inadimplência, má execução ou prestação anormal⁵.

Tendo por objeto garantir a exação na execução ou na prestação do contrato, tal *garantia* se estende até completa realização da finalidade⁶. No prazo, ou tempo jurídico do acordo, tem a sua razão de ser. Estima-se como valor aderente, sem o qual as obrigações não fazem reciprocidade.

257. AS GARANTIAS ENTRE AS OBRIGAÇÕES

Em tese, todos os meios de garantias conduzem a mesmos objetivos. Protegem o contrato da inexecução ou de omissões possíveis na prestação. Nada têm a ver porém com sujeições imprevistas ou a imprevisão, podendo, no entanto, responder nos casos de extinção, revogação ou rescisão.

3. Decreto-lei n. 200, art. 135: Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Comentários à reforma administrativa federal*, São Paulo, 1975, p. 273-4.

4. Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo, 1978, p. 197.

5. “Sob o nome genérico de caução, entende-se, na linguagem moderna, todos os meios por que se garante o cumprimento das obrigações. De um modo mais restrito, compreende-se a garantia real que responde pelo cumprimento de uma obrigação” (v. Themístocles Brandão Cavalcanti, *Dos contratos administrativos*, in *Teoria dos atos administrativos*, São Paulo, 1973, p. 275).

6. No Brasil, *Regulamento de contabilidade pública*, arts. 670 e 770. Consultar: Jacobo Wainer, *Garantía en cumplimiento de ofertas y de ejecución del contrato*, in *Contratos administrativos*, Buenos Aires, 1979, p. 183-6.

Até certo ponto as garantias dizem com a equação econômico-financeira do contrato, mas não com fatos supervenientes que alterem relações com reflexos nas obrigações, ou vice-versa. Mas podem constituir *sanções* nas hipóteses flagradas “de mora ou inexecução parcial ou total do convênio”⁷.

Colocada a garantia entre as obrigações decorrentes do contrato ultimado, traz o firmado externamente pelo co-contratante para o bojo da contratação, independentemente da modalidade proposta na lei, isto é, surja como caução, fiança bancária ou seguro-garantia.

O caráter facultativo, a critério da Administração, não impede, conforme a natureza do serviço público, que na base do acordo em formação estipulem-se cláusulas que protejam as relações, já que estas não deixam de corresponder a obrigações devidamente escalonadas no sentido da eficácia contratual.

258. A FIANÇA COMO GARANTIA

A fiança bancária, quando exigível nos contratos administrativos, “é a garantia fidejussória” que um estabelecimento bancário oferece “para o cumprimento das obrigações do contratante”⁸. Possui tônica de valor econômico nos aspectos de garantia pública. É, por isso, onerosa, e torna o oferecendo solidário na execução ou na prestação do serviço.

Aliás, a fiança, como “contrato *acessório*”, reveste-se de caráter administrativo, “quando tenha relação com um contrato desta índole”, podendo alcançar todas as situações jurídicas vinculantes a compromissos com a Administração, numa extensão que pode envolver inclusive os contratos de função ou emprego público⁹.

Assemelha-se ao *depósito* que pode por si mesmo determinar um contrato, ocorrendo este, “quando se relacione a funções essenciais e específicas do Estado, a fins públicos próprios do mesmo”, já que a Administração pode, ao seu arbítrio, qualificar, no serviço a executar ou a prestar, o melhor tipo de garantia¹⁰.

A fiança, sempre recomendada na prática pela doutrina tradicional, visa, nos contratos administrativos, *medidas* que assegurem a seriedade nas propostas de serviço¹¹, a garantia de que o serviço a executar ou a prestar

7. Miguel Angel Berçaitz, *Garantías*, in *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, 1952, p. 271-2.

8. Hely Lopes Meirelles, *Licitação e contrato administrativo*, São Paulo, 1975, p. 222.

9. Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1978, t. 3-B, p. 684.

10. Miguel S. Marienhoff, *op. cit.*, t. 3-B, p. 684-5.

11. Recaredo F. de Velasco, *Los contratos administrativos*, Madrid, 1927, p. 125-6.

venha, em princípio, resguardado quanto a prejuízos que afetam o interesse público.

259. O ACESSÓRIO INTEGRANDO O PRINCIPAL

Tal como se observa, os contratos *acessórios* objetivam garantir a execução ou a prestação de serviços, cuja finalidade integra os contratos *principais*. Sob o aspecto econômico-administrativo, o de *seguro-garantia* é o que apresenta maior segurança de aplicação nas relações e obrigações contratuais.

Sem dúvida, o seguro-garantia de obrigação contratual está a indicar, pois, “uma garantia de execução do contrato, dada à Administração, em apólice de seguro, para a eventualidade do particular contratante falhar no seu cumprimento”¹².

Cobrando o contrato até atingir sua finalidade, o *seguro-garantia* sustenta integralmente a realização do serviço ao contrário da *fiança*, que tem um limite previsto no acordo entre as partes. Contudo, a questão se resolve pela força obrigatória do contrato, por meio do que nele se contém, do que nele em matéria de regime ficar consagrado¹³.

Valendo o contrato pelo que diz, as garantias, resultando do interesse administrativo, dependem exclusivamente da Administração que, nas modalidades legais, deve exigí-las ou não, conforme a natureza do contrato e para o efeito de compromissos *acessórios* que solidarizam terceiros com obras ou serviços gerais.

260. O DEPÓSITO-CONDIÇÃO NO CONTRATO PRINCIPAL

Considerar, portanto, contratos administrativos *acessórios* todos aqueles contratos realizados para atender exigências de contratos administrativos *principais* é uma realidade que ninguém pode ignorar, pois já que há exigência anterior, devem as partes ajustar-se mediante medida de unidade jurídica de peculiar figuração instrumental.

A questão, pelas características do *acessório*, está em que este serve o *principal*, segundo garantias exigidas ou exigíveis, conforme a natureza que posiciona a categoria contratual. O elemento *finalidade*, estando no contrato *principal*, determina o acordo *acessório* como operação ligada às peculiaridades do próprio serviço oferecido¹⁴.

12. Hely Lopes Meirelles, Seguro-garantia, in *Licitação*, cit., p. 223.

13. André de Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris, 1956, t. 2, p. 183.

14. Não cabe aqui no capítulo a figura do *mútuo*, o acordo voluntário de prestações recíprocas, não obstante com suporte num sistema de obrigações sinalagmáticas. Mesmo sendo contrato *real*, no qual uma pessoa pública entrega a outra

Embora sua compulsividade, o *depósito* pode ser outro exemplo de contrato *acessório*. Originário de exigência contratual administrativa ou para garantir a tomada de obrigações, constituindo por si mesmo um acordo, traz, para dentro do contrato principal, uma condição sem a qual não se efetivam as relações ¹⁵.

Alguns contratos, entretanto, como *acessórios*, são administrativos não pelo objeto próprio, mas pela finalidade que visam atender na contratação *principal*. Neles a motivação decorre de imposições condicionantes, de uma norma inclusa na oferta do serviço que, não cumprida, não permite a participação do particular.

coisa que o mutuário usa com a obrigação de devolver caso não cumpra as prestações ajustadas, nos regimes públicos qualificam mais uma *cláusula* nos compromissos que propriamente um contrato administrativo. É também o *mútuo* mais um tipo que figura empréstimos, porque transfere o domínio da coisa ao mutuário, “por cuja conta ocorrem todos os riscos dela desde a tradição”. O respaldo jurídico encontra-se nos arts. 1.256 e 1.257 do Código Civil.

15. O depósito, por sua vez, ao contrário do *mútuo*, pode determinar um contrato administrativo *acessório*, sobretudo quando “relaciona-se com funções essenciais e específicas do Estado, a fins públicos próprios do mesmo” (v. Miguel S. Marienhoff, op. cit., t. 3-A, p. 99, t. 3-B, p. 684).

Capítulo XXXIV

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE FIGURAÇÃO PRIVADA

Sumário: 261. Novamente a herança civilista. 262. Modelos civis no Direito Administrativo. 263. Compra e venda. 264. Permuta ou troca. 265. Locação ou arrendamento. 266. Contrato de transportes. 267. Loterias.

261. NOVAMENTE A HERANÇA CIVILISTA

A ordem positiva impõe ao Direito Administrativo, em virtude da variedade das relações que estabelece com os administrados, a adoção de instrumentos próprios do Direito Privado. Nisto não vai nada de novo porque toda organização administrativa vem submetida ao ordenamento jurídico, embora quando na atividade fique subordinada a dois propósitos, um de interesse e outro de finalidade pública.

Não há como desprezar, convém outra vez reafirmar, a influência provada das instituições civis sobre as instituições administrativas, trazendo para as áreas de atuação pública *institutos* clássicos indispensáveis a certas operações jurídicas, não obstante no desenrolar do processo histórico tenham ganho inegável autonomia conceitual e finalística¹.

Acompanhando os Códigos civis, aparecem, constantes na ordem jurídica administrativa, as figuras apreciadas no capítulo anterior e além delas as figuras comuns da compra e venda, da permuta ou troca, da locação ou do arrendamento, entre algumas outras que, envolvendo colocações administrativas, sujeitam-se à tutela pública visto que nas origens factuais sensibilizam a Administração e os administrados.

Duas tônicas porém sempre estão presentes, a do interesse público avaliável e a da finalidade pública cogente. Em torno delas, ou da unidade delas, ativa-se a Administração buscando os instrumentos adequados,

1. Consultar: Rafael Bielsa, *Relaciones del código civil con el derecho administrativo*, Buenos Aires, 1923; Jesus Luis Abad Hernando, *Autonomía conceptual de las instituciones del derecho administrativo*, Córdoba, 1967.

adotando, para cada figura necessária, o modelo tradicional. O *modelo* que há de formalizar-se em razão das relações entre as partes.

262. MODELOS CIVIS NO DIREITO ADMINISTRATIVO

Em se tratando de *modelos*, deixando de lado os estudados e que se relacionam com obras e serviços, com bens públicos e os interorgânicos, na atividade não pode a Administração desconhecer aqueles que servem também ao interesse público, a saber:

- o contrato de compra e venda;
- o de permuta ou troca;
- o de locação ou arrendamento;
- o de transportes;
- o de loterias.

Cada um destes contratos apresenta características dissemelhantes dos *civis*, não obstante na estrutura sugiram idênticas condições de realização. Todavia, em face do interesse público, devem vir motivados e com destinação certa, pois em qualquer dos apontados há envolvimento de patrimônio e de compatíveis recursos financeiros².

Genericamente, onde a Administração aparece como sujeito ativo, procurando relações e concluindo obrigações, tomando deveres e exercitando direitos, o instrumento contratual eficaz está presente no negócio jurídico, quer adquirindo ou transferindo bens, efetivando acordos transitórios ou recrutando particulares para prestar serviços específicos.

263. COMPRA E VENDA

O problema, no entanto, nos modelos indicados, é de permissão ou autorização legal. Escapam, em parte, do modelo civil as *loterias* — que, a ver pouco mais adiante, assumem o aspecto de concessão. O que importa, contudo, ao analista, nas relações e obrigações contraídas é, sem dúvida, a finalidade ou o destino da convenção.

2. Mestre Miguel S. Marienhoff, além dos casos comuns, lembra o contrato de transportes e o contrato de loterias, fazendo ver que o primeiro é *administrativo* quando a prestação se vincula, direta e imediatamente, com funções essenciais ou específicas do Estado, e que o segundo não é *administrativo* porque nada tem a ver com tais funções (op. cit., t. 3-B, p. 680-5). André de Laubadère, por sua vez, com respeito ao de transportes, tem a mesma posição doutrinária (v. *Marches de transport*, in *Traité*, cit., Paris, 1956, t. 1, p. 112-4). Adiante, focamos, no Brasil, *in casu*, a questão das loterias, diante da finalidade.

Na compra e venda as colocações doutrinárias são absolutamente pacíficas³. Ela tem na finalidade, ou como objeto, a aquisição pela Administração da posse e domínio de bens imóveis, considerados necessários para o normal oferecimento de serviços, nos limites do chamado *dever administrativo* decorrente de lugar ou espaços convenientes.

Nas características, a compra e venda, uma vez permitida ou autorizada, efetiva-se:

- com a aquisição de bens imóveis;
- conforme preço de avaliação oficial;
- na hipótese de falta de entendimento pela desapropriação⁴.

É inquestionável que se discuta nos devidos termos, pois a figura da *compra e venda* aqui destaca-se da compra e venda no Direito Privado, valendo conhecer:

— a *compra* possui, justificando aquisições, o interesse público determinante movendo a Administração conforme procedimentos administrativos regulares;

— a *venda*, exigindo autorização, avaliação prévia e oferta concorrencial, considerando o princípio geral da inalienabilidade dos bens públicos.

Faz contrato administrativo na sua figuração privada em virtude do bem passar a público ou ser público, consoante o interesse declarado e a motivação que é sempre de natureza administrativa, não falando da presença da Administração como parte, procurando nas relações consumir acordo consensual e formal⁵.

Dois enfoques dão nome *administrativo* aos pactos consensuais de compra e venda: a titularidade e a utilização do imóvel. Tanto o bem seja do domínio público na hipótese de *venda*, como venha a constituir patrimônio público na hipótese de *compra*, na desafetação ou na afetação, as relações jurídicas são de Direito Administrativo.

3. André de Laubadère, Les contrats d'achat et de vente, in *Traité*, cit., t. I, p. 115-7; genericamente: Heitor Luz Filho, O contrato na administração pública, *Revista de Informação Legislativa*, 2:82, Brasília, 1964, ano I.

4. Eustorgio Sarria, Compraventa, in *Derecho administrativo*, Bogotá, 1957, p. 199.

5. Quanto "à aquisição de bens pela Administração deverá constar de processo regular no qual se especifiquem as coisas a serem adquiridas e sua destinação, a forma e as condições de aquisição, e as dotações próprias para a despesa a ser feita com prévio empenho (Lei Federal n. 4.320/64, art. 60), nos termos do contrato aquisitivo, precedido de licitação, quando for o caso (Lei n. 4.320, art. 70; Dec.-lei n. 200/67, arts. 125 a 144). De um modo geral, a aquisição onerosa de imóvel depende de autorização legal e de avaliação prévia, podendo dispensar a concorrência se o bem escolhido for o único que convenha à Administração (v. Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo, 1978, p. 497).

264. PERMUTA OU TROCA

Contrato administrativo de figuração privada, à semelhança da compra e venda, a permuta ou a troca de bens depende necessariamente de dois pressupostos básicos:

— “qualquer bem público, desde que desafetado do uso comum ou de destinação pública especial, pode ser permutado com outro bem público ou particular, da mesma espécie ou de outra”;

— “o essencial é que a lei autorizadora da permuta identifique os bens a serem permutados e a avaliação prévia atribua-lhes corretamente os valores, para efetivação da troca sem lesão ao patrimônio público”⁶.

O interesse público é que separa, na finalidade, o contrato administrativo de permuta, do regulado pelo Direito Privado, aplicando-se à troca as mesmas disposições referentes à compra e venda, ficando nula ou anulável a operação quando não autorizada ou firmada em valores desiguais.

265. LOCAÇÃO OU ARRENDAMENTO

Não pode a Administração, devido inclusive à expansão das tarefas internas que lhe são peculiares, desconhecer as figuras da *locação* ou do *arrendamento*, transportadas para o Direito Administrativo em razão de atividade relacionada com o uso e o gozo de bens necessários à prestação de serviços carecedores de atendimento⁷.

Na locação prevalece, quando concluída pela Administração, no tempo de duração do contrato, o domínio público sobre o privado, pois visando a locatária serviços pertinentes à sua atuação, as circunstâncias “transformam naturalmente tais convenções em contratos de natureza administrativa”⁸.

Tanto na locação, como no arrendamento, para que haja contrato administrativo, será preciso diferenciar na figura quem é o locador e quem é o locatário, se a Administração ou administrado. Quando o locador é pessoa pública o contrato *in casu* conforme a finalidade pode ou não assumir caráter administrativo.

6. Hely Lopes Meirelles, op. cit., p. 491.

7. André de Laubadère, Les contrats de location, in *Tratté*, cit., p. 118-20; Eustorgio Sarria, Arrendamiento, in *Derecho adm.*, cit., p. 199.

8. “Os contratos de locação concluídos pela Administração são freqüentes e diversos. Como nos contratos de compra e venda, convém distinguir as locações feitas à Administração e as locações feitas pela Administração” (v. André de Laubadère, op. cit., t. 1, p. 118).

Todavia, quando o locador é o administrado, o contrato fica *administrativo* em virtude da sua finalidade, já que tem por objeto “facilitar direta e imediatamente o cumprimento de alguma das funções essenciais ou específicas do Estado, o cumprimento de algum dos seus próprios fins públicos”⁹.

Apenas o arrendamento ao contrário da locação transfere à Administração a obrigação de manter o bem arrendado para o serviço destinado, conquanto na coisa locada a locatária fica no seu uso e gozo por tempo determinado e mediante certa retribuição. A diferença reside entre o uso *certo* e o uso *discrecionário*.

O contrato, por sua vez, trate-se de locação ou arrendamento, deve ser respeitado na extensão das obrigações contraídas, nada impedindo porém à Administração de dar por terminado o acordo quando este deixe de ser necessário ao interesse público ou ao serviço pertinente.

266. CONTRATO DE TRANSPORTES

Não se confunda um simples contrato de transporte ou *condução* com a concessão de serviços para transporte coletivo de passageiros, urbanos ou inter-regionais. Na verdade, aqueles, quando procurados, assemelham-se aos contratos de fornecimento, já que são “um contrato pelo qual o particular, mediante remuneração-preço, movimenta pessoas ou objetos materiais”¹⁰.

Inclui-se, ou é de incluir, como atuação de serviço, na espécie do contrato, por exemplo, a condução ou a entrega de correspondência postal¹¹. Não esquecendo, na relação convencionada, outras situações decorrentes de serviços e fins públicos nos quais o particular participa provendo tarefas que lhe pertencem e se tornam motivo de obrigações convencionadas.

Na sua qualificação, tais contratos de transporte podem envolver variedade de situações jurídicas, atingindo dimensões terrestres, marítimas ou aéreas, sempre que a Administração, por força de funções essenciais, busque o trabalho de particulares a fim de prover exigências coletivas do interesse dos administrados.

Considerando os modos como se executam os contratos de transporte, estando predeterminadas unilateralmente as condições de funcionalidade, os vínculos que prendem os particulares exteriorizam prestações irreversíveis, pois o co-contratante em tempo algum exerce direito próprio ou é beneficiário do serviço.

9. Miguel S. Marienhoff, *Tratado*, cit., t. 3-B, p. 682.

10. André de Laubadère, *Les marches de transport*, in *Traité*, cit., t. 1, p. 112.

11. Miguel S. Marienhoff, *op. cit.*, t. 3-A, p. 96.

267. LOTERIAS

Sem dúvida, embora tenham aspectos de figuração privada, constituem as *loterias* tipos de contratos administrativos *sui generis* desde que monopolizados pela Administração. Basta, nas hipóteses freqüentes, a tutela e a intervenção estatal, sobretudo realizando o interesse público finalidade assistencial ou educativa ¹².

O problema vinculativo de relações é aquele que vai do ato criador do serviço, passando pelo concessionário dos valores em sorteio, até alcançar o administrado no momento que adquirir o direito de participar. Além do mais, existe a finalidade não restrita ao pagamento de prêmios porque afeta na extensão recursos aplicáveis na esfera administrativa ¹³.

Legalmente, sob garantia da Administração, a loteria consiste na realização de sorteios, premiando-se tantos números quantos sejam os prêmios oferecidos. Basta a posse do bilhete para que o direito se produza, já que se trata de documento ao portador. Para a Administração não faz uma obrigação natural, “senão uma obrigação jurídica perfeita” ¹⁴.

Por outro lado, em face da obrigação jurídica assumida e da relação firmada entre Administração e administrado, o bilhete premiado é valor de crédito contra a Administração. Fazem as loterias contratos administrativos quando constituem meios instrumentais de que o Estado se vale, provendo fundos para a satisfação de necessidades públicas ¹⁵.

O que vale, ganhando importância, são as normas de regime administrativo, pois “o interesse financeiro da Administração contém sempre

12. Exemplo no Brasil: a *loteria esportiva* é atividade monopolizada pela União, conforme o Decreto-lei n. 594, de 27 de maio de 1969. Sua execução ficou a cargo do Conselho Superior das Caixas Econômicas, pela Administração do Serviço de Loteria Federal. Antes concessão, com o Decreto-lei n. 304, de 28 de fevereiro de 1967, ficaram previstas a tutela e o monopólio administrativo, inclusive para as estaduais, enquanto existirem. Desde então é serviço de interesse público diante da finalidade qualificada.

13. “Juridicamente, trata-se de um contrato aleatório, tácito celebrado pelo Estado com o comprador de um bilhete de loteria. Contrato aleatório, em virtude do qual o Estado contrai a obrigação de abonar certa quantia ao possuidor de um bilhete premiado através de sorteio” (v. Recaredo F. de Velasco, *Los contratos administrativos*, Madrid, 1927, p. 330).

14. Recaredo F. de Velasco, op. cit., p. 331-2.

15. Miguel S. Marienhoff coloca em dúvida o caráter administrativo dos contratos lotéricos, afirmando serem de *direito comum* porque “nada tem a ver com as funções essenciais e específicas do Estado” (op. cit., t. 3-B, p. 685). Correto. Mas a indagação que fica é esta: e quanto aos fins públicos que além de serem requisitos constituem a motivação-causa dos sorteios? Ao que parece, determinada a finalidade, fica caracterizada a natureza administrativa do contrato.

um interesse público”¹⁶. A aparente figuração privada não tira nem prejudica a tipicidade da gestão administrativa, nem da Administração, atividade desenvolvida pela própria organização estatal¹⁷.

O caráter do contrato, na sua devida qualificação, decorre assim da organização administrativa, da presença de um regime administrativo, de uma finalidade geral que motiva a atividade com o objetivo público de permitir uma tutela capaz de evitar distorções na exploração de riscos em desfavor dos administrados.

16. “O caráter indiscutível de contrato administrativo surge quando a exploração se faz com o caráter de monopólio oficial. O Estado realiza o tipo de atividade com caráter exclusivo, não igual ao particular que busca por meio do azar o lucro e a exploração. Não interessa destacar se há ou não serviço público, senão a presença de um regime de Direito Administrativo” (v. Bartolome A. Fiorini, *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1978, t. 1, p. 531-3).

17. “Não é o jogo em si mesmo que se eleva como serviço administrativo. São as limitações e as regulamentações que determinam a atividade a cargo da Administração debaixo de um regime especial administrativo” (v. Bartolome A. Fiorini, op. cit., t. 1, p. 533-4).

QUASE-CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Sumário: 268. Pacto involuntário nos efeitos. 269. Situações de fato gerando compromissos. 270. Situações e conseqüentes obrigações. 271. Fundamento jurídico do quase-contrato. 272. O fato na falta dos elementos. 273. Regras nos fatos e nos efeitos. 274. Tradição no pensamento doutrinário.

268. PACTO INVOLUNTÁRIO NOS EFEITOS

Tornou-se pacífico na doutrina dar como existente a figura do quase-contrato administrativo¹. Argumentando, “se o contrato é acordo celebrado entre duas pessoas, que permutam livremente suas vontades, nascendo dessa situação obrigações recíprocas, no quase-contrato uma das partes se obriga para com a outra, sem que para isso tenha voluntariamente concorrido”².

À primeira vista, parece contra-senso jurídico que partes ou pessoas possam convencionar sem manifestação expressa de vontade. No entanto, involuntariamente podem concorrer para o aparecimento de obrigações que, gerando relações, criam reciprocidade de interesses ou comutatividade em verificáveis situações excepcionais.

No mundo do Direito, mesmo as situações não previstas podem acontecer. Principalmente nas esferas de atividade pública onde não se deve ignorar a possível atuação discricionária, levando a conveniência ou a oportunidade de um ato a provocar dali por diante manifestações de evidente reciprocidade³.

1. Pierre Vigny, *Quasi-contrats et quasi-délits, Conditions, Effets*, in *Droit administratif*, Bruxelles, 1953, p. 306-9; J. Cretella Júnior, Os quase-contratos no direito administrativo, in *Tratado de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1967, v. 3, p. 222-5; Hector Jorge Escola, Los cuasicontratos en el derecho romano, Los cuasicontratos en el derecho administrativo, in *Los cuasicontratos administrativos*, Mendoza, 1977, p. 9-11.

2. J. Cretella Júnior, op. cit., t. 3, p. 222.

3. “Por quase-contrato administrativo entenda-se o ato ou fato voluntário lícito que produz efeitos semelhantes aos dos contratos sem existir acordo de vontades nem consentimento” (v. Julio A. Prat, Los actos y los contratos administrativos, Los

Na prática, tais situações, embora, na origem, irregulares, fazem-se acontecíveis. Explicam-se nos serviços que continuam a ser prestados, exauridos os prazos convencionados, nas subcontratações não autorizadas e de conhecimento da Administração, na gestão administrativa conferindo a terceiros obrigações carentes das formalidades essenciais.

269. SITUAÇÕES DE FATO GERANDO COMPROMISSOS

Não houvesse responsabilidade estatal, quem sabe o quase-contrato administrativo seria uma construção artificial. Entretanto, um serviço público de fato, prestado por particulares numa situação de fato, gera compromissos, relações e onerosidade.

É indispensável que, em face do princípio da responsabilidade sempre presente na atividade administrativa, não se confundam posições que no campo do Direito Administrativo estão a exigir reparação material desde o momento em que a Administração assume *obrigações*, quer essas obrigações venham normais ou surpreendam pela involuntariedade⁴.

Como observamos, não ficam hoje suficientes os exemplos clássicos de enriquecimento sem causa, da gestão de negócios ou do pagamento indevido, pois pode haver outras situações em que a Administração credora ou devedora fica sujeita a relações não esperadas e não obstante condicionantes de obrigações, inclusive aquelas que partam de uma simples autorização sem fundamento motivado.

270. SITUAÇÕES E CONSEQUENTES OBRIGAÇÕES

A problemática dos quase-contratos administrativos não é de simples aparência e sim de possível existência jurídica. Não há razão lógica para a doutrina desconhecê-los diante de fatos geradores de situações e consequentes obrigações. O fato como *fonte* de relações impõe necessidade de *equilíbrio* entre partes subjetivamente comprometidas⁵.

Não basta ao analista dar apenas importância aos pressupostos teóricos, já que, ocorrendo atos e fatos concretos mesmo em oposição à figura contratual, surgem os quase-contratos *materialmente* no Direito Administrativo bastante visíveis quando inseparáveis de obrigações mensuráveis.

cuasicontratos administrativos, in *Derecho administrativo*, Montevideo, 1978, v. 2, t. 3, p. 323).

4. "O quase-contrato é uma criação civilista que se projeta no Direito como manifestação de respeito pela justiça e pela equidade compensatória" (v. Bartolome A. Fiorini, *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1968, t. 1, p. 534).

5. Consultar nas devidas colocações: Guido Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1936, p. 269-311; Marcel Waline, *Droit administratif*, Paris, 1959, t. 1, p. 593-5.

Negar que existam não condiz com a realidade de circunstanciais relações e obrigações de fato assumidas, pois “por quase-contrato há de entender-se, no geral, o fato ou ato voluntário lícito, que produzem efeitos semelhantes aos contratos, sem acordo de vontades nem consentimento do que é matéria concreta de tal fato ou ato”⁶.

O fato ou o ato, conduzindo a obrigações, devem ser apreciados na razão dos efeitos jurídicos. Considera-se, portanto, o caráter dos fatos ou atos embora não provenham diretamente da lei ou derivem de obrigações antes ajustadas, porque o que neles se pondera constitui avaliáveis condições jurídicas subjetivas.

271. FUNDAMENTO JURÍDICO DO QUASE-CONTRATO

Resta saber, contudo, diante da evidência factual, qual é o *fundamento* jurídico da noção de quase-contrato no Direito Administrativo. Resposta: “esse fundamento é de duas ordens, um jurídico *puro* e outro jurídico *econômico*”⁷.

Eis porque, com acerto doutrinário, não se nega aos quase-contratos a qualidade de *atos jurídicos* ou mais precisamente de *atos jurídicos subjetivos* de onde emanam as respectivas obrigações⁸. Tenham pouca vivência no Direito Administrativo, jamais será procedente tirar-lhes o sentido e as conseqüências emergentes.

Embora o quase-contrato administrativo não ostente um regime próprio orgânico, tal como os contratos de colaboração ou de participação, “segundo a prestação principal esteja a cargo do co-contratante ou da Administração, assim também em matéria de quase-contratos” pode ela “ser devedora ou credora de uma obrigação quase-contratual”⁹.

Em se tratando de obrigações, a questão, quando realisticamente equacionada, é bastante clara no Direito Administrativo. Máxime porque não é contraditória quanto aos efeitos resultantes de fatos, destacando-se, *in casu*, a responsabilidade na licitude como fonte natural e jurídica de obrigações na reciprocidade.

272. O FATO NA FALTA DOS ELEMENTOS

Estudáveis à parte, porque possíveis na exteriorização da prática administrativa, os quase-contratos não pertencem a qualquer categoria, nem fazem *uma categoria* por resultarem de fatos e neles falharem os elementos e os requisitos dos contratos administrativos categorizados ou nominados.

6. Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1978, t. 3-B, p. 687.

7. Miguel S. Marienhoff, op. cit., t. 3-B, p. 689.

8. Guido Zanobini, op. cit., t. 1, p. 317-20.

9. Miguel S. Marienhoff, op. cit., t. 3-B, p. 609-11.

Na realidade exterior da prática administrativa, os quase-contratos podem surpreender embora não haja causas que os imponham no cotidiano da dinâmica estatal¹⁰. A conduta da Administração, criando relações, ordenada e previsível, nem sempre pode corresponder, ao menos nas exceções, a um comportamento normal.

Deixá-los, portanto, na espécie acontecida à margem do conhecimento jurídico não é o método racional de discussão doutrinária para simplesmente negá-los, porque se há dúvidas em torno da existência deles é porque a arguição de dúvidas torna-os existentes no momento em que aparecem nas relações subjetivadas.

Melhor será, no sentido do conhecimento jurídico, afirmar que, no Direito Administrativo como no Direito Privado, quando surgem, “os quase-contratos constituem uma fonte de obrigações distinta dos contratos”¹¹, colocando a Administração em posição de responder e o administrado submisso a uma situação que dele não dependeu para consumir-se.

273. REGRAS NOS FATOS E NOS EFEITOS

Convém observar “que o Direito Administrativo positivo dá lugar próprio à noção de quase-contrato”¹², valendo a expressão, quando levada ao Direito Público, para designar situações inspiradas ou determinadas por fatos que na projeção final superam os conceitos civilistas.

Não é o procedimento regular de contratação que está em jogo nos quase-contratos administrativos, mas regras que na generalidade requerem apreciação diante de fatos e de efeitos jurídicos que nada têm a ver com o processo de formação da vontade. As colocações doutrinárias, sediadas nos limites obrigacionais, é que traçam os lineamentos relacionais básicos¹³.

10. Para Hector Jorge Escola, os quase-contratos “constituem uma criação artificial e devem ser desterrados do âmbito do Direito Administrativo” (op. cit., p. 20). Não é bem assim. Basta o desterramento para saber da existência deles. No Direito Público, mais sensível nas relações que o Direito Privado, tornam-se muito mais freqüentes as situações inusitadas. Na área da discricionariedade muita coisa pode acontecer. Quanto aos fatos não previsíveis, não anunciam quando podem suceder.

11. André de Laubadère, *Contrats et quasi-contrats administratifs*, in *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris, 1956, t. 1, p. 15-8.

12. Pondera Laubadère, no tocante ao Direito francês, que a expressão *quase-contrato* administrativo, como fonte de obrigações, ganhou sentido próprio na jurisprudência administrativa, conforme regras peculiares e dominantes (op. cit., t. 1, p. 18).

13. Quando estudados entre os *atos jurídicos*, os quase-contratos administrativos envolvem, com alguma imprecisão ainda, o enriquecimento sem causa, a gestão de negócios em nome da Administração e a noção de pagamento indevido, hipóteses, sabemos, suscetíveis de acontecer (v. Enrique Sayagues Laso, *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, 1953, t. 1, p. 579-82). O enriquecimento, com

Focando os casos mais comuns de quase-contratos administrativos, de possível *enriquecimento* a avaliar, de *gestão* imposta por fatos ou de pagamento *indevido* porém lícito, a doutrina não tergiversa¹⁴. Todavia, as situações geradoras de obrigações podem surgir de outras e novas causas, tal seja a natureza circunstancial ocorrente que independa na origem do consentimento das partes.

274. TRADIÇÃO NO PENSAMENTO DOUTRINÁRIO

Na respeitável tradição de pensamento doutrinário, dando unidade a relações, obrigações e responsabilidade, não se deixa de prevenir situações carentes de estabilidade principalmente nas possíveis de produzirem reais efeitos jurídicos. Em tese, tais situações não impedem que se apliquem princípios gerais de direito comum¹⁵.

É de se compreender, nas situações excepcionais, que “preceitos e soluções próprias do direito comum regulem, no substancial, as relações análogas entre a Administração e os particulares ou entre entidades da Administração entre si”¹⁶. O problema, também nas relações administrativas, pode ser *in genere* de ordem jurídica positiva.

Figurações adquirem qualificação concreta realizando quase-contratos administrativos:

— toda vez que a Administração enriqueça de maneira a diminuir o patrimônio particular, ou que o administrado tire vantagens a mais do que não está obrigada a Administração;

— quando o particular realiza atividade-gestão em benefício da Administração, ou quando a gestão é administrativa e beneficia o administrado;

— na hipótese de o particular fazer a mais que o devido sem estar proibido, ou a Administração receber ou dar regularmente vantagens não convencionadas.

Somente nas evidentes situações concretas é possível ao hermeneuta conhecer exatamente relações e determinar obrigações¹⁷. Não é nada fácil,

enfoque em ocorrências que justificam retribuição por serviços prestados. A *gestão*, diante da excepcionalidade de o administrado substituir a Administração na prestação de cometimentos públicos. O *indevido*, quando a obrigação decorre de fato lícito não esperado no acordo entre as partes.

14. J. Cretella Júnior, Fundamentos do quase-contrato, in *Tratado*, cit., v. 3, p. 223.

15. Rafael Bielsa, Cuasicontratos administrativos, in *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1942, t. 1, p. 510-2.

16. Rafael Bielsa, op. cit., t. 1, p. 510.

17. “Várias hipóteses podem ser configuradas do instituto do quase-contrato no Direito Administrativo, variando, entretanto, a orientação da jurisprudência dos di-

no Direito Público, enquadrar *realidades* juridicamente por antecipação, deixando de atender princípios gerais do Direito ou na analogia necessária preceitos e soluções de Direito Privado. Aliás, com respeito ao ordenamento jurídico positivo, esta deve ser a linha de entendimento lógico. No Direito Público, no tocante à atividade administrativa, os aspectos jurídicos, quando atingem o particular, sensibilizam as instituições privadas. A matéria, na maioria das vezes *pública*, também é patrimonial.

versos países a respeito, ou seja, reconhecendo, em alguns casos, o direito à indenização, negando tal direito em outros. Assim, diretor ou professor da escola pública que passa a dar aulas em classe da qual se ausentou o titular; o prefeito que determina a feitura imediata de trabalhos públicos indispensáveis, omitindo formalidades essenciais; munícipes que, em situações anômalas (guerras, invasões, epidemias), substituem as autoridades regularmente investidas e formam uma *municipalidade de fato*, requisitando e vendendo mercadorias e gêneros alimentícios acumulados nos armazéns e mercadorias; associação sindical que executou espontaneamente trabalhos de interesse municipal. Inclui-se também o pagamento do indevido entre os quase-contratos, porque a obrigação a que dá origem decorre de fato voluntário ilícito, independentemente de qualquer acordo entre as partes. Assemelha-se o pagamento indevido aos contratos unilaterais, porque gera obrigações apenas para a parte que recebeu o pagamento, ao passo que, na gestão de negócios, as obrigações que nascem são recíprocas” (v. J. Cretella Júnior, op. cit., v. 3, p. 225).

INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Sumário: 275. Os contratos administrativos como devem ser. 276. As cláusulas na motivação e finalidade. 277. Dependências na interpretação. 278. Critérios na interpretação. 279. Problemática essencialmente de regime. 280. Premissas a respeitar. 281. O contrato com força de verdade legal.

275. OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS COMO DEVEM SER

Toda interpretação dos contratos administrativos deve começar a partir do conhecimento dos elementos e requisitos; pelo processo analítico intelectual que do estudo da *motivação* (interesse público) compreenda a *finalidade* (serviço público) em todos os aspectos integrativos de origem e formação.

Cada elemento, como cada requisito, há de merecer destaque peculiar, já que “quando os termos de um contrato deixam de ser claros e surge a dúvida acerca da intenção das partes aparece a necessidade da interpretação”¹. Cabe ao hermenauta conhecer o expressamente convencionado, ou seja, a intenção evidente dos contratantes conforme o sentido das próprias palavras.

Impositivamente, qualquer interpretação em matéria administrativa corresponde a uma equação lógica, para descobrir a vontade efetiva das partes firmada na declaração e se a forma veio adequada para atender determinado serviço público. O importante consiste em flagrar contradições entre a motivação e a finalidade, não havendo arrepio da norma legal ou razões de ilegitimidade.

Em virtude da perfeição, quando possível, os contratos administrativos devem *vir* como *devem ser*, na categoria que lhes dá exata figuração jurídica, com suporte na lei e motivados exemplarmente, com uma finalidade clara que qualifique permitidos propósitos públicos. Toda interpretação, portanto, procura atingir o *todo* de uma estrutura.

1. “Trata-se em toda interpretação de descobrir e revelar o sentido que corresponde às expressões numa cláusula contratual” (v. Recaredo F. de Velasco, *Interpretación de los contratos*, in *Los contratos administrativos*, Madrid, 1927, p. 192).

276. AS CLÁUSULAS NA MOTIVAÇÃO E FINALIDADE

Como a Administração, nos seus diferentes níveis de atuação pública, não pode livremente contratar-se senão dentro dos limites assinalados na organização, na lei e conforme o interesse público, os contratos que não venham assim dispostos técnica ou juridicamente perdem substância e se interpretam inválidos quanto à eficácia e aos efeitos.

Todavia, como princípio geral de base hermenêutica, “na interpretação do contrato administrativo é preciso ter sempre em vista que as normas que o regem são as do Direito Público, suplementadas pelas do Direito Privado”². Daí a importância, na análise de um contrato concluído pela Administração, da motivação e da finalidade.

Para que a interpretação resulte de uma equação de lógica jurídica, o sentido das cláusulas apenas não basta quando não harmonizado com a motivação e a finalidade, embora não se esqueça “que as cláusulas estipuladas no instrumento do contrato é que traduzem o acordo firmado e por isso é sempre à sua letra que tem de se atender”³.

A simples letra do contrato, ocorrendo nas cláusulas contradições ou dúvidas, explica-se pela motivação e finalidade, já que, pela reciprocidade dos interesses, na legitimidade, prevalece o *público* mesmo com sacrifício do *privado*, o que a Administração procura realizar com a colaboração ou participação dos particulares.

Em princípio, para o intérprete, a questão da interpretação vem colocada nos elementos integrantes do contrato. Depois, na relação jurídica que em face do interesse público figurado define o regime na categoria, a vontade que se deve conhecer em razão da finalidade.

277. DEPENDÊNCIAS NA INTERPRETAÇÃO

Sem dúvida, no tocante à vontade administrativa, toda e qualquer interpretação deve proceder na finalidade tendo em vista o serviço público como objeto essencialmente variável, e, por consequência, voltar-se para a vontade *atual* e não passada, uma *vontade* ligada aos modos executórios e aos procedimentos indicados por cláusulas entre si harmonizadas⁴.

2. Hely Lopes Meirelles, Interpretação do contrato administrativo, in *Direito administrativo brasileiro*, Rio de Janeiro, 1978, p. 191-2.

3. “A interpretação consiste em determinar o sentido duvidoso de um texto, fixando o seu significado objetivo. Os elementos de interpretação, tais como os trabalhos preparatórios, valem na medida em que possam ajudar a entender o que se quis, mas não prevalecem sobre a letra do contrato” (v. Marcello Caetano, *Princípios fundamentais do direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1977, p. 253-4).

4. Georges Péquignot, *Théorie générale du contrat administratif*, Paris, 1945, p. 272.

Os chamados *vínculos contratuais* constituem também condições interpretativas acaso analisadas objetivamente diante da diversidade de matizes finalísticos, ficando o intérprete, nos contratos concluídos, dependente:

- da análise do instrumento conforme termos, palavras ou cláusulas;
- da análise da execução conforme o exato cumprimento ou não das disposições pactuadas.

Seja a Administração, podendo dar interpretação às cláusulas contratuais, ou o particular contratante, o exame há de merecer das partes, antes de qualquer definição nos contratos formalizados ou já em execução, a preocupação com a finalidade de interesse público, porque se não houvesse fins objetivos desnecessária seria a contratação.

A lógica situação jurídica de igualdade entre os contratantes, tomado um contrato estável nas relações e obrigações, conduz o intérprete a uma avaliação dos direitos, os que competem ao co-contratante, os que dizem com a Administração. Claro que tal posicionamento crítico exclui vícios ou defeitos que maculem os acordos formalizados.

278. CRITÉRIOS NA INTERPRETAÇÃO

Buscada a interpretação como recurso técnico de evitar controvérsias sanáveis, ao intérprete corresponde determinar com precisão o conteúdo-finalidade do contrato e também os conseqüentes direitos e obrigações dos contratantes⁵. Isto porque *interpretar* significa aqui dirimir dúvidas, conciliar o acordo com a motivação e a finalidade.

Quaisquer os critérios adotados para interpretar os contratos administrativos, devem partir da provável existência:

- da falta de clareza nas expressões empregadas ou carentes de alcance e sentido prático;
- de possíveis divergências que surjam na execução ou prestação com as regras antes convencionadas.

De onde a conclusão que, “se os termos ou expressões empregadas não são claros, ou resultam incompletos, aparece a necessidade de interpretar”⁶. Igual hipótese surpreende quando distorções surjam com respeito ao sentido de aplicação das cláusulas e não encontrem possibilidade amigável de solução pelos interessados contratantes.

A questão, entretanto, nas controvérsias irreparáveis amigavelmente, aberto o contraditório, a nível de contratantes, está em conhecer nos regimes quem poderá dirimir os desentendimentos ou dar interpretação aos contratos realizando tarefa jurídica de tutela ou de competência na ordem institucional.

5. Recaredo F. de Velasco, op. cit., p. 192; Georges Péquignot, op. cit., p. 272-3.

6. Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1978, t. 3-A, p. 615.

279. PROBLEMÁTICA ESSENCIALMENTE DE REGIME

Com respaldo nos regimes, embora a doutrina não possa caracterizar exatamente princípios reguladores, algumas indagações no Direito Público possuem procedência jurídica:

— no caso da necessidade de interpretação quem pode dirimir as controvérsias?

— qual a autoridade para atuar dando solução às divergências nas obrigações?

— pode a própria Administração interceder esclarecendo os pontos controvertidos?

— compete ao Judiciário decidir nas áreas pertinentes de proteção jurisdicional?

A problemática, entretanto, que é essencialmente de regime, esgotadas as vias administrativas, nas questões “não contempladas expressamente no convencionado, constitui matéria pertencente à competência funcional da Justiça”⁷, devendo, por isso, ponderar-se, na interpretação, o interesse privado que mereça proteção.

No tocante ainda à interpretação, convém lembrar que um contrato administrativo, “apesar do seu caráter, é sempre *lei entre partes* pelo sentido e substância”, de modo algum podendo a qualificação *administrativa* “desnaturar o objeto ou o conteúdo do acordo, ao extremo de transformá-lo em algo distinto do querido e previsto pelos contratantes”⁸.

Em consonância com a lógica jurídica, interpretar um contrato administrativo nada mais significa que aclarar seu texto e cláusulas, sem porém desvirtuar a vontade manifestada e a finalidade correspondente. Não aceitável, a interpretação transforma-se em conflito ou contenda que justifica a intervenção ou a proteção judicial.

280. PREMISSAS A RESPEITAR

Há todavia, na interpretação dos contratos administrativos, algumas premissas que devem ser respeitadas para o exato conhecimento hermenêutico:

— “antes de tudo, a interpretação deve ser *textual*, utilizando o *texto* do convencionado e os preceitos que o integram”;

— “em segundo, se a letra do contrato for insuficiente, para obtenção de uma correta significação, recorre-se à interpretação extratextual”⁹.

Não obstante os critérios mencionados, caso persistam as incertezas na interpretação, aplicáveis ficam os princípios gerais do Direito e a orien-

7. Miguel S. Marienhoff, op. cit., t. 3-A, p. 616.

8. Miguel S. Marienhoff, op. cit., t. 3-A, p. 617.

9. Miguel S. Marienhoff, op. cit., t. 3-A, p. 619.

tação nos diferentes regimes recomendada pela doutrina¹⁰. Não há nos contratos administrativos, ao contrário do que se pensa, larga margem para colocar o interesse público acima do privado.

Em tese, torna-se corrente, na interpretação dos contratos administrativos, a aplicação dos mesmos princípios gerais do direito comum “em matéria de interpretação dos contratos”¹¹. Especialmente os insertos nos Códigos civis com respeito às obrigações recíprocas e à responsabilidade dos contraentes.

Textual ou extratextualmente o contrato administrativo para ser validamente interpretado, exigindo do intérprete “um procedimento juridicamente disciplinado”, há de refletir exame onde esteja presente “um devido comportamento jurídico eficaz”, mediante uma operação intelectual que determine limitações e direitos¹².

Na verdade, em virtude muitas vezes de controvérsias no sentido das palavras, do que elas venham na realidade a significar nos textos e contextos, é que se vê obrigado o intérprete a buscar como orientação uma *norma* que sirva de elemento-base e o *princípio* que estabeleça uma linha objetiva de conhecimento das posições conflitantes.

281. O CONTRATO COM FORÇA DE VERDADE LEGAL

Avaliando, porém, fatos controvertidos dentro de um contrato administrativo, pois em todos eles dominam relações e obrigações, não se pode senão adotar da análise textual, ou extratextual, uma única conduta viável, que é a *declaratória*. Toda interpretação, extensiva ou restritiva, não será fiel às posições conflitadas e pode vir em prejuízo de direitos.

Não se confunda, aqui neste capítulo, interpretação de cláusulas contratuais obscuras ou denunciadas como duvidosas, com a aplicação do Direito na realização do contrato. O que está em jogo não é o Direito ou a lei aplicada, a licitude nas relações ou a legitimidade das obrigações, mas tão-somente deficiências ou faltas carreando desarmonia entre as partes¹³.

10. “Assim, por exemplo, na *dúvida*, a existência de *privilégios* em favor do co-contratante deve ser interpretada *restritivamente*, ou seja, contra a existência do privilégio: um comportamento distinto implicaria agravo ao princípio da igualdade ante a lei” (v. Miguel S. Marienhoff, op. cit., t. 3-A, p. 620).

11. André de Laubadère, Application aux contrats administratifs des principes généraux du droit commun en matière d'interprétation du contrat, in *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris, 1956, t. 2, p. 12-3.

12. Giovanni Miele, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1953, t. 1, p. 143.

13. Nos contratos administrativos, as regras convencionadas devem formar um *tudo*; as cláusulas se interpretarem umas pelas outras. Genericamente, entretanto, a tendência na interpretação das convenções contratuais é aquela que pende contra aquele que estipulou as obrigações e em favor de quem as recebeu (v. André de Laubadère, Principes d'interprétation propres aux contrats administratifs, in *Traité*, cit., t. 2, p. 14-5).

A busca da finalidade do contrato, prejudicada pela insegurança das relações ou pelo desentendimento nas obrigações, impõe à interpretação, antes de, *in fine*, ser declaratória, que o intérprete faça uso também de dois métodos, o literal e o lógico. Corrigindo assim os equívocos oriundos da obscuridade das palavras ou da real intenção que comandou a vontade das partes contratantes.

Em qualquer hipótese, o que se quer pela interpretação é a afirmação do contrato com força de verdade legal, com o objetivo de se fazer valer como lei entre as partes. As lacunas, desarmonizando interesses mesmo opostos, em matéria contratual, encontram limites na objetividade do serviço quanto à execução ou à prestação.

Realmente, por inexistirem valores jurídicos próprios regendo as hipóteses interpretativas na temática dos contratos administrativos, no geral a cláusula *pacta sunt servanda* equilibra-se com a cláusula *rebus sic stantibus*, a fim de permitir que na relação jurídica contratual se considere o *justo legal* nas obrigações assumidas.

10.^a PARTE

- FINALIDADE JURÍDICO-OBJETIVA DAS LICITAÇÕES
- VÍNCULOS DE LICITUDE NA EFICÁCIA DAS CONTRATAÇÕES
- TRÂMITES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO LICITATÓRIO
- O CONTRATO ADMINISTRATIVO NO DIREITO BRASILEIRO

FINALIDADE JURÍDICO-OBJETIVA DAS LICITAÇÕES

Sumário: 282. Procedimento preparador nas licitações. 283. Contratação direta. 284. Conceito jurídico de licitação. 285. Princípios jurídicos da licitação. 286. Processo administrativo licitatório. 287. Uniformidade no processo licitatório. 288. Regulação procedimental. 289. Adjudicação e contrato.

282. PROCEDIMENTO PREPARADOR NAS LICITAÇÕES

Licitar é um dever da Administração. *Dever* que, na ordem jurídica, resguarda o interesse público, protege a economia pública, garante a legalidade nas relações administrativas, tutela a igualdade nas postulações e coloca atuante o princípio da moralidade¹. Se há um direito, esse *direito* nasce da exação no comportamento da Administração, de uma conduta marcada no limite da lei e dos fatos.

Normalmente, já que a Administração está subordinada na organização à lei e ao ordenamento jurídico, salvo os casos excepcionais, não tem liberdade para contratar. Fica, na atividade administrativa desenvolvida ou a desenvolver, dependente do processamento da despesa pública, a atos preparadores que autorizam contratações ou procedimentos que regulam a vontade de fazer e realizar².

1. Do autor, consultar: *Controle da moralidade administrativa*, São Paulo, 1974; *Comentários à reforma administrativa federal*, exegese do Decreto-lei n. 200, São Paulo, 1975.

2. João Angélico, Programação da despesa, Licitação, Empenho, Liquidação, Suprimento, Pagamento, in *A contabilidade na administração pública*, São Paulo, 1976, p. 159-65. "Na prática administrativa, o procedimento de licitação pública oferece uma série de vantagens de ordem técnico-econômica, ética e política, de acordo com o princípio da legalidade que deve imperar na atividade estatal; assim, com relação ao Estado, o procedimento materializa uma ação moralizadora nas contratações; evita conivências dolosas e promove a ação de controle e fiscalização; com relação aos administrados, o procedimento constitui uma garantia, com base no princípio da concorrência e da igualdade, evitando tratamentos preferenciais" (v. José Roberto Dromi, Procedimiento de contratación administrativa, in *Jurisprudencia Argentina*, 5073:9, Buenos Aires, 1978).

Em linhas gerais, as regras jurídicas possuem a tônica de universalidade, integram-se ao Direito Administrativo em caráter positivo, enfocando no interesse público os possíveis relacionamentos administrativos, impondo à Administração meios legais e formas adequadas, procedimentos preparadores capazes de legitimar a finalidade contratual ou permitir colaboração ou participação dos particulares³.

Estreitamente ligada ao instituto contratual, pelo instituto da licitação previnem-se os contratos administrativos, prepara-se o acordo conforme a finalidade, motiva-se o interesse público, explica-se a conduta administrativa, abre-se a possibilidade da prestação de serviços, formalizam-se relações e tomam-se obrigações, para depois qualificarem-se os direitos adquiridos pelas partes na convenção.

Em princípio, *inexiste* contratação administrativa sem um procedimento preparador que legitime a comutatividade ou a onerosidade. Tal procedimento decorre necessariamente, diante dos exatos pressupostos legais, do chamamento igual de interessados para prestação ou execução de serviços públicos. Corresponde, em razão da motivação, a uma finalidade concretamente figurada, materializada no processo licitatório.

283. CONTRATAÇÃO DIRETA

Considerando que o processo licitatório tem por finalidade jurídica objetiva alcançar os contratos administrativos, tornando-os instrumentos formais de relações, obrigações e direitos, nos pactos convencionados com a Administração há contudo uma margem em que a atividade contratual resulta de motivos ou situações excepcionalizadas. Temos aqui, assim, em foco, o problema da contratação *direta*⁴.

Não tão excepcionalizadas porém que não encontrem guarida na lei, ficando a vontade de contratar adstrita a regras próprias de conduta, ou seja, a princípios informadores do interesse ou do serviço, a fim de que a motivação, quando exaurida na finalidade, dê à Administração condições de cumprir exigências, sem as quais fiquem prejudicadas medidas que dependam de materiais, equipamentos ou gêneros indispensáveis.

A bem compreender, na chamada contratação *direta*, o que fica visado não é a discricção administrativa, mas um comportamento compatível com

3. No Brasil, com destaque, os diplomas apontados: Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, *Das normas relativas a licitações para compras, obras, serviços e alienações*, Tít. XII, arts. 125 a 144; Decreto n. 73.140, de 9 de novembro de 1973, *relativo a obras e serviços de engenharia*, arts. 3 a 11; não esquecendo, como documento-base, a Lei n. 4.320, de 17 de março de 1974, estatuinte normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos públicos.

4. Julio A. Prat, *Los actos y los contratos administrativos*, La contratación directa, in *Derecho administrativo*, Montevideo, 1978, t. 3, v. 2, p. 245-9.

exclusivos interesses administrativos⁵, valendo o interesse público *imediato* como razão bastante para justificar a conduta da Administração relativa a atos que valem como contratos. Um tanto imprópria, a expressão *direta* não diz com a finalidade objetivada.

Entretanto, no fenômeno das licitações, constitui a contratação direta hipóteses aconselhadas por lei⁶, realizando procedimentos submetidos a requisitos e formalidades. Caracterizada nos propósitos pela inexistência de concorrência ou oposição, “o que a aproxima da contratação privada”⁷, reside a decisão na impossibilidade prática da adoção de medidas mais complexas.

Na verdade, é o contrato em si mesmo, pela sua natureza, que exclui o procedimento licitatório concorrente. Diante da impossibilidade jurídica de melhor escolha ou forma de escolher, *in casu*, também justifica contratações que busquem a especialização técnica ou a notória competência, embora nem sempre possa a Administração equacionar situações que diante de fatos recomendem o concurso de mais de uma pessoa como essencial à finalidade.

284. CONCEITO JURÍDICO DE LICITAÇÃO

No seu conceito jurídico, a licitação é um “processo administrativo mediante o qual a Administração seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse”, cujo procedimento “desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes”, propiciando “igual oportunidade a todos os interessados” e, como processo, constituindo “fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos”⁸.

Pelos princípios que a regem, na legalidade e na moralidade, prepara o acordo que se reduz a contrato, oferecendo aos particulares, por procedimento formal, processamento igualitário, julgamento objetivo e adjudicação compulsória, condições de realizar a finalidade de interesse público⁹. Pelo *contrato* completa-se, estabelecendo relações, obrigações e direitos.

5. Julio A. Prat, op. cit., t. 3, v. 2, p. 245-6.

6. Exemplo corrente, o convite e a tomada de preços, como modalidades previstas no art. 127, II e III, do Decreto-lei n. 200, conforme disposto nos §§ 3.º e 4.º.

7. Julio A. Prat, op. cit., t. 3, v. 2, p. 246.

8. Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo, 1978, p. 242.

9. Na literatura especializada: Bartolome A. Fiorini, *Licitación pública*, Buenos Aires, 1972; Hely Lopes Meirelles, *Licitação e contrato administrativo*, São Paulo, 1975; Adilson Abreu Dallari, *Aspectos jurídicos da licitação*, São Paulo, 1974; Carlos Leopoldo Dayrell, *Das licitações na administração pública*, Rio de Janeiro, 1973; José Roberto Dromi, *La licitación pública*, Buenos Aires, 1975; Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Da licitação*, São Paulo, 1978; Hector A. Mairal, *Licitación pública*, Buenos Aires, 1975.

Em termos jurídicos, na sistemática do Direito brasileiro, exceptuadas as hipóteses excepcionalizantes, a licitação é, como processo jurídico, o *modo* necessário de preparação do contrato, ficando o contrato como consequência jurídica da licitação. Como processo jurídico preparatório, confere ao particular ganhador direito à contratação, desde que venha legitimada na produção dos necessários efeitos.

Em razão do ordenamento jurídico positivo, “a formação do vínculo contratual administrativo não se faz livremente ao exclusivo libito dos contratantes”, pois “a igualdade jurídica dos administrados perante a lei e o interesse público em obter as melhores condições contratuais ditam o princípio da concorrência pública”, ou seja, o chamado *princípio da licitação* ¹⁰.

Instrumento jurídico adequado à constituição de relações e obrigações, possui princípios inafastáveis, regras imperativas determinantes, trazendo como finalidade, na prática da atividade administrativa, o acordo para construção de obras ou prestação de serviços, a figura do contrato consubstanciando deveres e direitos, os meios próprios executórios e de pagamento dos compromissos assumidos.

285. PRINCÍPIOS JURÍDICOS DA LICITAÇÃO

Processo administrativo com motivação e finalidade, fundado no interesse público e na geral prestação de serviços, relacionando Administração e particulares, caracterizando fatos ou qualificando pessoas, da unidade processual partem os princípios básicos que legitimam a licitação, a saber:

- “procedimento formal”;
- “publicidade dos atos”;
- “igualdade entre os licitantes”;
- “sigilo na apresentação das propostas”;
- “vinculação ao edital ou convite”;
- “julgamento objetivo”;
- “adjudicação compulsória ao vencedor” ¹¹.

10. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1974, p. 128. “Na prática administrativa o procedimento da licitação pública oferece uma série de vantagens de ordem técnico-econômica, ética e política, de acordo com o princípio que deve imperar na atividade estatal. Assim, com relação ao Estado, o procedimento materializa uma ação moralizadora no que se refere a contratações estatais, porquanto, em princípio, evita conivências dolosas e promove a ação de controle e fiscalização que, sobre a atividade administrativa, exercem os particulares, licitadores no caso, os quais contam com os remédios processuais idôneos para impugnar o ilegítimo proceder estatal” (v. José Roberto Dromi, *Contratação administrativa*, trad. de Jorge Arthur Morsch, ROGERS, 23:41, Porto Alegre, 1979).

11. Hely Lopes Meirelles, *op. cit.*, p. 245.

Na falta de qualquer dos princípios básicos infringem-se os direitos, desigualam-se partes com os mesmos direitos, o processo fica viciado em face de licitude, já que uma vez aberta a concorrência as regras tornam-se inalteráveis, cabendo à Administração a tutela do interesse público, da lei aplicável e da lisura no comportamento administrativo. Do contrário abre-se a via da proteção hierárquica e jurisdicional.

Melhor penetrando o instituto licitatório, com respeito aos seus princípios básicos verifica-se que o ato administrativo de abertura de concorrência pública passa no processo de *uni* a *bi* ou a plurilateral, fazendo-se necessário considerar o alcance da vontade, da finalidade dos sujeitos de direito que concorrem para a formação do contrato e que têm nele a meta prometida.

De pronto está antevista na licitação a figura do contrato administrativo. Para isso ela é aberta, realizada e homologada nos seus efeitos jurídicos. A convocação da Administração depois do processo regular, respeitados os princípios básicos licitatórios, promove necessariamente a contratação conforme ditames de reciprocidade diante do serviço a executar ou a prestar.

286. PROCESSO ADMINISTRATIVO LICITATÓRIO

As garantias do administrado, quando se entra normalmente no concurso cumprindo os requisitos exigidos, decorrem da presunção de legitimidade procedimental, do caráter jurídico ditado pela motivação e finalidade de um ato cuja edição veio conforme com os elementos essenciais afetando direitos e interesses legítimos¹².

A procura do contrato, nas licitações, cria, desde a abertura da concorrência e com oferecimento das propostas, relação jurídica bilateralizada em que Administração e administrados já são partes, ficando com ambos o direito ou o dever de exigir decisões compatíveis com as situações jurídicas, a não ser que o interesse público indique circunstâncias negativas emergentes.

Quanto ao processo licitatório, além dos princípios básicos legitimadores, deve agasalhar características de regularidade e solenidade, de imparcialidade e objetividade, de contraditoriedade e responsabilidade¹³; sobretudo de responsabilidade com respeito às gestões administrativas e o sistema de garantias que venha sustentar as propostas e a posição dos particulares.

12. José Roberto Dromi dá aos contratos celebrados pelo Estado, sem prejuízo da aplicação analógica das normas, a mesma posição dos atos administrativos que resultem implícitos do ordenamento jurídico (v. *Prerrogativas y garantías administrativas*, Tucumán, 1979, 1.ª parte, p. 36-7).

13. Hugo Caldera Delgado, La licitación pública, in *Manual de derecho administrativo*, Santiago, 1979, p. 242.

Na verdade do processo licitatório, não é graciosamente que a Administração provoca a competitividade, porque, na ordem jurídica interna, bem antes da convocação, sabemos existir:

- antecedentes prévios à licitação;
- planos jurídicos, técnicos e financeiros;
- requisitos que devem cumprir-se com o chamamento dos interessados ¹⁴.

Do momento preciso da aceitação das propostas nasce a evidência de uma relação que determina o início do processo administrativo licitatório, *processo* que, atingindo a fase do *julgamento*, completa-se com a escolha da melhor oferta apreciada nos valores técnicos e financeiros, nas condições pedidas pela Administração e *em termos* atendidas pelos licitantes.

287. UNIFORMIDADE NO PROCESSO LICITATÓRIO

Para compreensão racional, quando a Administração se serve dos particulares, satisfazendo seus interesses públicos, realiza atos que no devido processo devem conter regras concretas de uma qualificadora relação contratual; *relação* que se impõe aos possíveis contratantes porque resultam ajustáveis após a formalização do acordo ¹⁵.

De onde concluir que, mediante condições, a Administração formula estipulações uniformes no processo, embora tais condições possam não possuir caracteres rigorosamente rígidos. Não tão rígidos porém que não possam justificar, por razões de interesse público, exceções que na realidade sejam de proveito administrativo. Sucede, no entanto, que as exceções, desde que aceitas, integram a natureza jurídica do processo.

Logicamente, pela uniformidade no processo licitatório, integrados os trâmites regrados previstos, os aspectos se desdobram mediante:

- “condições de formação dos contratos administrativos”;
- “habilitações prévias à conclusão do contrato”;
- “ato de conclusão do contrato”;
- “aprovação do contrato” ¹⁶.

No processo, portanto, considerando sua necessária uniformidade, as *condições* levam a validade dos contratos aos modos de conclusão e à escolha do co-contratante ¹⁷. Uniforme pelo próprio conteúdo, as condições somadas permitem na licitude o julgamento e a contratação; a realização do *querer público* por meio do trabalho convencionado dos particulares convocados.

14. Hugo Caldera Delgado, op. cit., p. 245-7.

15. Guglielmo Roehrssen, *Consideraciones sobre los pliegos de condiciones*, trad. esp., Mendoza, 1977, p. 11.

16. André de Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris, 1956, t. 1, p. 139-85.

17. André de Laubadère, op. cit., t. 1, p. 199.

288. REGULAÇÃO PROCEDIMENTAL

Entre os processos administrativos é o *licitatório* aquele no qual as formalidades se integram obedecendo a uma determinada ordem de sucessão de trâmites, estabelecida de harmonia com a finalidade que especificamente persegue. Tem caráter obrigatório porque está na lei, vem imposto pelo interesse público e envolve na sua preparação e na finalização recursos financeiros e patrimoniais.

O que confere caráter puramente processual às licitações reside no fato de a função administrativa vir condicionada ao interesse público, isto é, procurando disciplinar relações que visam obrigações, objetivando harmonizar a vontade da Administração e dos particulares, tudo para atingir pelo acordo atos que nos contratos sejam constitutivos de direitos¹⁸.

No sentido propriamente substancial, é o serviço público que está por trás ou na finalidade do processo licitatório, uma atuação de função administrativa voltada para coisas materiais, destinada a prover, nas obras públicas ou concessões, interesses que se avaliam sob tônicas econômicas e enfoques financeiros. *In casu*, o interesse confiado à Administração completa-se na dinâmica até final do fenômeno processual.

Regulado o processo, concluído atendendo normais pressupostos, o ato de conclusão ou julgamento passa a ter eficácia objetiva. A presunção é de legitimidade, nada indicando possibilidade recursal. Transposto para a fase da formalização na possibilidade contratual, têm as partes a expectativa de assinatura do instrumento gerador *por consequência* de relações e obrigações.

Provável acontecer, entretanto, em uma ou outra etapa procedimental, que haja medidas apontando distorções no comportamento das partes ou em discordância com o ato convocatório, isto é, recursos que, denunciando fatos e decisões interlocutórias, procurem impedir a adjudicação de modo a prejudicar a efetivação do acordo conforme denunciadas questões de conteúdo jurídico.

289. ADJUDICAÇÃO E CONTRATO

Simplemente, um contrato administrativo, conseqüente de processo licitatório, há de vir adequado nos distintos trâmites procedimentais. Disto depende a adjudicação, ou seja, depois do julgamento, a declaração oficial de quem foi o licitante vencedor. Ocorrendo vícios, o ato expedido pela

18. Na opinião de Alberto Xavier: "São também processos administrativos graciosos os que preparam a formação do mútuo consenso nos contratos administrativos. E esta a boa doutrina, pois está em inteira harmonia com o conceito de processo administrativo adotado, uma vez que *é à teoria da vontade no ato administrativo que se deve recorrer quanto à formação e declaração da vontade administrativa no contrato*" (v. *Do procedimento administrativo*, São Paulo, 1976, p. 124).

Administração, em favor de um dos concorrentes, fica passível de avaliação jurídica.

Todavia, “é oportuno pontualizar que a adjudicação, conquanto ato jurídico, implica, para a Administração, sua formação e emissão, a observância dos princípios e regras enunciadas na lei e na fixação das condições”¹⁹. Em face do que está na verdade do processo, resta à Administração saber como se conduzir em hipóteses assemelhadas sobre a quem deve entregar o contrato.

Comumente, a Administração fica diante de preços menores ou maiores, de vantagens iguais e condições desiguais, de situações incompatibilizáveis e valores de peso diferente, obrigando-se na subjetividade a apreciar a capacidade técnica e a experiência dos licitantes, mediante critérios que não venham conflitantes com a verdade do processo.

Neste ponto, em se tratando de vícios, por exemplo, é preciso considerar que, na fase de conclusão do processo ou no próprio concluído, existem atos de diferentes conteúdos e que não se vinculam diretamente à contratação²⁰. Não fica, por isso, bastante o julgamento, porque nele a Administração tem pela frente exigências que no processo constituem matéria jurídica.

Tais atos, constantes do julgamento e da adjudicação, exteriorizam, quando eficazes, efeitos diferentes. Quando não impugnados conduzem ao contrato. Quando impugnados, a Administração assume, com respeito ao processo licitatório, uma posição que não pode contrariar a finalidade jurídica objetiva da licitação.

19. Jaime Vidal Perdomo, Materialidad de la adjudicación, in *La adjudicación: vicios*, Mendoza, 1977, p. 10-1.

20. Alberto Ramón Real, *Adjudicación y contrato: vicios*, Mendoza, 1977, p. 15-8. Consultar, diante da importância do tema versado, sobretudo pela precisão das colocações jurídicas, Jessé Torres Pereira Júnior, Licitação (procedimento), in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, São Paulo, 1980, v. 50, p. 1-5.

Capítulo XXXVIII

VÍNCULOS DE LICITUDE NA EFICÁCIA DAS CONTRATAÇÕES

Sumário: 290. Posição legal da Administração. 291. Valor jurídico da convocação. 292. Licitação e responsabilidade contratual. 293. Responsabilidade que decorre de atos. 294. Finalidade do processo licitatório. 295. Princípios informativos e regras legais. 296. Valores de objetividade e subjetividade.

290. POSIÇÃO LEGAL DA ADMINISTRAÇÃO

Não obstante a licitação esteja hoje em dia totalmente absorvida pelo Direito Administrativo internacional comparado, cumpre distinguir nos direitos positivos nacionais os aspectos singularizados que incidem na motivação, nos trâmites e na finalidade, principalmente com respeito a uma colocação pacífica e fundamental: não se concluem contratos administrativos ou com a Administração sem o devido processo licitatório¹.

Dois conhecidos princípios gerais dão sentido jurídico universal ao instituto licitatório:

— o da *obligatoriedade* para toda a Administração da observância do *princípio da licitação*;

— o da *dispensabilidade* somente adotável como exceção nos casos *taxativos* previstos por lei.

No Direito brasileiro, embora considerando a unidade do instituto licitatório, os princípios gerais enunciados desdobram-se na prática:

- em *regras* contidas nas leis;
- em *modalidades* exatamente figuradas;
- pela natureza do *edital* na sua importância;
- pela fixação de *critérios* procedimentais.

1. Hely Lopes Meirelles, *Licitação e contrato administrativo*, São Paulo, 1975, p. 88; Julio A. Prat, *Procedimientos de contratación: valoración*, Mendoza, 1977, p. 9; Jaime Vidal Perdomo, *El contrato de obras públicas*, Bogotá, 1979, p. 48-71; Celso Antônio Bandeira de Mello, O procedimento licitatório, Quem está obrigado a licitar, O objeto licitável e a dispensa de licitação, Modalidades da licitação, in *Elementos de direito administrativo*, São Paulo, 1980, p. 102-10.

Resume-se a licitação, em síntese de análise jurídica, como processo orgânico e peculiar:

- na indicação do serviço público;
- no chamamento dos interessados;
- na apresentação das propostas;
- no julgamento pertinente;
- na adjudicação conseqüente.

Aberta a concorrência, no sentido da relação jurídico-processual pre-nunciada, precisamente no tocante ao processo licitatório, deve haver real correspondência:

- entre a oferta-proposta e o edital;
- entre a proposta e o serviço público a executar ou prestar.

Tudo no jogo de vontades, em virtude das relações antevistas, tem suporte jurídico, da abertura concorrencial ao julgamento, em dois pontos fundamentais:

- no que diz e pede o edital;
- na observância correta, nunca a menos, do exigido no edital.

Na verdade, diante do serviço público, a oferta como proposta de oferecimento de parte do particular, há de vir necessariamente adequada às leis e às formas estabelecidas de demanda, não havendo na legislação específica comparada *pontos* básicos que apareçam conflitantes, *regras* que não se harmonizem quanto aos fins, *normas* que não consubstanciem idéias capazes de igualar os proponentes na iniciação processual.

291. VALOR JURÍDICO DA CONVOCAÇÃO

O direito dos particulares ganha substantividade, no momento da convocação dos interessados. Recebidas as propostas, firma-se, ao início do processo, uma estável relação jurídica administrativa, decorrendo do fato as demais relações procedimentais. Aliás, tal posição, no tocante aos administrados, vem explícita no Brasil por meio de vários diplomas legais².

Acontecendo a convocação, por força da publicidade do edital, universaliza-se o direito de participação. Duas coisas ficam preventas: o processo e o contrato administrativo. Pelo processo, o direito de postular interesses; pelo contrato, o direito de realizar serviços, cabendo à Administração, firmada em juízos de valor objetivo, fazer valer o que ela mesma quer, para atendimento de uma finalidade pública³.

2. Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, arts. 125 a 134; Lei n. 89 (São Paulo), de 27 de dezembro de 1972, arts. 21 a 39; Lei n. 6.636 (Paraná), de 29 de novembro de 1974, arts. 87 a 89.

3. "O edital é o ponto de partida da licitação e do contrato, o instrumento legítimo através do qual a Administração leva ao conhecimento público a abertura da concorrência, fixando as condições da sua realização e convocando os interessados para a apresentação de suas propostas. Já nesta primeira fase o edital se

Constitui, assim, o edital, o ponto de partida do processo licitatório e do contrato administrativo. Sua importância, depois de submeter a Administração, submete o administrado, igualando as partes nos limites das exigências requeridas, criando, na justeza das regras, relações que tomam conteúdo jurídico. De certa maneira, dá a figuração do contrato, ou seja, o que serão as obrigações e os direitos.

Bem observando, em matéria de processo administrativo, nenhum outro apresenta uma sucessão tão ordenada de atos, garantias jurídicas e relações vinculantes “para a Administração e para os licitantes, porque todos ficam sujeitos às prescrições da lei e do edital, que regem a sua realização”⁴.

Preparando a feitura do contrato, assegurando o direito dos licitantes após abertura do processo, a licitação quando formalmente iniciada impõe as bases da contratação e dos critérios de julgamento, oferecendo, aos que dela participam, segurança de que omissões podem ser supridas ou de que os dados técnicos e econômicos pela idoneidade dos elementos fazem a verdade da relação processual.

292. LICITAÇÃO E RESPONSABILIDADE CONTRATUAL

Assim, a licitude, na intenção do comportamento administrativo, parte necessariamente da convocação concorrencial, pois “as indicações do edital consubstanciam a vontade da Administração sobre a obra, a compra, a alienação ou o serviço desejado e orientam os interessados no preparo das propostas”⁵.

As implicações, depois de consumada a contratação, são assunto de execução ou prestação de serviços, dizem com o contrato e não com a lisura do processo licitatório, geralmente com outras condições relacionais nascidas mediante exigíveis procedimentos jurídicos, porque submetidas a

vincula à responsabilidade da Administração. Ao cuidar do edital, que é a lei interna da concorrência, deve a Administração fazê-lo suficientemente minucioso em suas cláusulas, a fim de não permitir distorções com respeito à intenção de contratar. Não se pode ignorar, nem isto é possível na Administração, que o edital como norma ordenadora interna da concorrência tem, à semelhança da lei, preâmbulo, texto e fecho-conclusão. No preâmbulo, que é a parte introdutória do edital, já se deve saber o que a Administração pretende adquirir, ou seja, de quem ou o que. Sem dúvida, é o edital o documento jurídico formal básico mais importante no sistema licitatório. Todos os atos relacionais dele dependem até a assinatura do futuro contrato. As indicações no edital se apresentam sob dois aspectos: a) privativamente estabelecendo as condições de apresentação das propostas e da participação na licitação; b) publicamente firmando critérios de julgamento das propostas” (v. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Comentários à reforma administrativa federal*, exegese do Decreto-lei n. 200, São Paulo, 1975, p. 266).

4. Hely Lopes Meirelles, op. cit., p. 109.

5. Hely Lopes Meirelles, op. cit., p. 111.

fatores que podem afetar direitos, *in casu*, da Administração ou dos contratantes ⁶.

A rigor porém, interessando o contrato administrativo realizado, também interessa ao hermenêuta a legitimidade da sua origem, porque cumpridos os princípios jurídicos essenciais à formação do acordo, problemas outros podem surgir alterando relações ou comprometendo interesses econômicos públicos.

Tanto a execução como a prestação de serviços, decorrendo de processo licitatório, já constituído o regime jurídico contratual, à falta de eficácia dos pressupostos originários, colocam a Administração em responsabilidade. A questão, se não é de contrato concluído, passa a ser de formação nas obrigações contratualizadas.

Logo, a seguir do contrato concluído e formalizado, acaso o acordo embora perfeito não corresponda na prática às exigências do interesse público ou às necessidades do serviço, obviamente comporta responsabilização e ressarcimento, não somente, como se possa pensar, a simples anulação. É preciso, na hipótese, considerar que a Administração aqui não pode agir unilateralmente ⁷.

Diante de situações imprevistas factuais é possível reconhecer que a licitação não constitui um elemento essencial do contrato administrativo, embora pela sua natureza jurídica estime a conveniência e a moralidade administrativa, traga em si como processo obrigatório o princípio da responsabilidade.

293. RESPONSABILIDADE QUE DECORRE DE ATOS

Voltando contudo à problemática licitatória, como processo preparador e formador dos contratos administrativos, deixando de lado repercussões que aconteçam da execução ou da prestação, não podemos esquecer que sua abertura “é um ato administrativo sujeito na sua validade a todas as condições dos atos administrativos”, desde a competência, a motivação, a forma e a finalidade ⁸.

Pelo seu regime, sendo ato administrativo, sua revogação fica adstrita às normas que regem os atos administrativos. Produzindo, entretanto, efeitos jurídicos bilateraliza situações que não podem ser revogáveis, uma vez chamados os interessados a participar, isto é, a concorrer diante de uma definida finalidade oferecida.

6. Miguel Angel Berçaitz, *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, 1952, p. 297-325.

7. André de Laubadère, *Résiliation sanction et résiliation sans faute*, in *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris, 1956, t. 3, p. 155.

8. Miguel Angel Berçaitz, *op. cit.*, p. 265.

Na licitação, ou por ela, as condições de *formação* dos contratos administrativos igualam-se às condições de *validade*, envolvendo fases como a da prévia habilitação, da conclusão propriamente dita e da aprovação *a posteriori*⁹. Daí porque, atendendo diferentes regimes, a responsabilidade que decorre de atos é a mesma que provém dos contratos.

O que afasta, porém, o contrato administrativo do ato administrativo é a sua reconhecida autonomia jurídica no ordenamento jurídico positivo, já que pela finalidade e esperados efeitos distanciam-se dos contratos civis¹⁰, tendo na figura da licitação, como processo legal adequado, um limite à livre manifestação da vontade.

O importante a concluir, com vistas na realidade jurídica, é que a licitação não constitui um simples ato, mas um conjunto de atos e fatos, “todos concorrentes a formar a vontade contratual”¹¹. Da concorrência de vontades, que dá natureza ao contrato administrativo, o essencial no interesse público chama-se *finalidade* de serviço.

294. FINALIDADE DO PROCESSO LICITATÓRIO

Considerando uma realidade-fato de serviço, na qual o interesse público esteja qualificado, não afastando das licitações a idéia do processo, temos de antemão um ato unilateral administrativo, mas de efeitos bilaterais¹², portanto, como ficou afirmado, tendo o contrato como consequência prática e resultante jurídica.

Parecendo irrelevante, no processo e na posterior contratação, em face do interesse e da finalidade pública, polemizar com respeito à igualdade das partes, pois qualquer colocação doutrinária, que venha especular posicionamentos fora da lei ou do acordo convencionado, não encontra acolhimento válido no ordenamento jurídico positivo¹³.

9. André de Laubadère, op. cit., t. 1, p. 140-1.

10. Gaston Jèze, *Principes généraux du droit administratif*, Paris, 1925/30, t. 3, p. 299.

11. Julio A. Prat, Los actos y los contratos administrativos, in *Derecho administrativo*, Montevideo, 1978, t. 3, v. 2, p. 255.

12. Agustín A. Gordillo, El acto unilateral en su formación de efectos bilaterales, in *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1979, t. 3, p. IV-32.

13. “Na licitação, como nos contratos com a Administração, as partes se igualam pelos mesmos objetivos de interesse público. Aí é que está a natureza jurídica consensual do ajuste programado, do acordo permitido, da contratação onerosa e comutativa. O que se pretende nas licitações não são as vantagens eventualmente concedidas, mas o serviço de interesse público, a obra a executar-se, as compras que se efetivam através de equivalentes obrigações” (v. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, Licitação e contrato administrativo, in *Curso de direito administrativo*, São Paulo, 1979, p. 231).

Possuindo o processo sua própria finalidade, traduzindo nas licitações, em determinado serviço público, as hipóteses de concorrência com a participação de particulares, objetivando acordos bilateralizados, visa conter a Administração nos limites de critérios legais impeditivos da discricionariedade ou do arbítrio administrativo¹⁴.

Pensar diferente será o mesmo que dispensar a importância da lei e dos princípios básicos reguladores de relações jurídicas que dizem com direitos e obrigações. Não se pode, num processo licitatório regular, precisamente realizado em virtude de uma finalidade de serviço, antever situações que procedam da execução ou da prestação.

Um contrato, na finalidade administrativa, só aparece perfeito na conclusão quando o ato que o motivou e o processo que o legitimou não tenham sofrido ilicitudes na conduta da Administração, desiguando as partes, contrariando regras previstas ou condições impostas, porque o que deve permanecer estável é precisamente o acordo de vontades.

295. PRINCÍPIOS INFORMATIVOS E REGRAS LEGAIS

Os princípios, chamados *informativos*, embora não dominantes nos acordos privados, nas licitações realmente objetivam duas coisas: a licitude no comportamento administrativo e a escolha do co-contratante melhor capacitado para receber o serviço e arcar com as obrigações decorrentes do contrato¹⁵.

Já que do contrato provêm reais obrigações, nas suas cláusulas aceitas e convencionadas residem também os *modos* adequados de execução ou prestação. Convindo não esquecer o que está no direito positivo, nas legislações nacionais e nos diplomas pertinentes que regulam o processo licitatório¹⁶.

14. "A concorrência, cuja melhor forma traduz *licitação*, tipicamente um procedimento administrativo normado, traz como finalidade: *a*) limitar a discricionariedade da autoridade administrativa quando pretenda contratar; *b*) restringir o arbítrio do Poder Público impondo igualdade de condições para todas as partes; *c*) regular as opções administrativas de conveniência às rígidas regras estabelecidas na lei. Aqui não intervém no acordo contratual apenas o valor dos aspectos jurídicos, mas também uma orientação de reconhecimento do valor econômico: *a*) na procura do contrato mais vantajoso para a Administração; *b*) na busca de melhor preço-custo dentro dos padrões específicos previamente estabelecidos" (v. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, op. cit., p. 232).

15. J. Cretella Júnior, Princípios formativos do instituto, in *Curso de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1977, p. 435-8. Conhecer: José Roberto Dromi, Procedimiento de contratación administrativa, Caracterización y finalidad, El contrato como técnica administrativa de colaboración, in *Jurisprudencia Argentina*, n. 5.073, Buenos Aires, 1978.

16. As obrigações (Dec.-lei n. 200, art. 134), decorrentes da licitação ultimada, constarão "de contrato bilateral, obrigatório nos casos de concorrência e facultativo nos demais casos, a critério da autoridade administrativa". Na tradição do

Atendendo à licitude no processo, às regras contidas nas leis, do *edital* em conflito com o *julgamento*, podem ocorrer duas situações litigiosas:

- a da via recursal administrativa;
- a da via judicial corretiva.

Na primeira, a recursal administrativa, diante dos trâmites no processo, duas medidas recursais podem ser propostas:

- a de *reconsideração* dirigida à comissão nomeada na sua competência;
- a *hierárquica* oferecida junto à autoridade ou órgão imediatamente superior.

Na segunda, esgotada não necessariamente a via recursal administrativa, a da proteção jurisdicional conforme os regime, por meio:

- de ação declaratória;
- do mandado de segurança;
- de ação popular¹⁷.

O que se espera, portanto, no devido processo, em nome da moralidade administrativa:

- é que efetivamente haja compras, obras ou serviços que demandem acordos com os particulares;
- é que a Administração não se afaste dos termos do edital e das suas estipulações;
- é que no julgamento das propostas fique de princípio acolhida a de menor ou mais vantajoso preço¹⁸.

Direito brasileiro a matéria ficou exatamente figurada (Regulamento Geral da Contabilidade Pública de 1922, arts. 707 a 775), não sendo de esquecer diploma posterior (Dec. n. 73.140, arts. 50 a 60), estabelecendo os modos de formalização. Concluído o julgamento, a classificação das propostas, propõe-se a adjudicação do objeto da licitação ao melhor colocado na ordem das vantagens oferecidas. Da adjudicação surge o direito à contratação, de contratar com a Administração. Consultem-se, na temática, duas recentes contribuições: Humberto Peña de Moraes, *Regime jurídico das licitações na administração direta e indireta*; Rafael Felloni de Mattos, *A licitação em face das entidades controladas pelo Poder Público*, in *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*, Niterói, 1978, p. 549-67.

17. No direito positivo brasileiro são os instrumentos processuais cabíveis na esfera do Poder Judiciário, ficando em exame de apreciação crítica atos e fatos que levaram ao julgamento no processo licitatório. Com isso, o que se pretende é alcançar o contrato administrativo, acaso tenha sido formalizado. Os efeitos e a eficácia do acordo contratual concluído lesivamente ou afrontando direitos protegidos.

18. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Las prácticas administrativas y el control de la moralidad*, *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, 17:30-8, Buenos Aires, 1977. “O contrato público ou o negócio jurídico de Direito Público

Tais exigências não só nascem da certeza na finalidade, mas do interesse público, justificando a colaboração ou a participação dos administrados. A proteção do contrato, embora em condições relativas, surge precisamente do ato administrativo preparador e do processo concluído legalmente com exação administrativa.

296. VALORES DE OBJETIVIDADE E SUBJETIVIDADE

Evidente, entretanto, que, firmada a finalidade legal *possível*, harmonizam-se os valores de objetividade e subjetividade, criando um clima jurídico para a Administração de relativa liberdade e discricção administrativa.

O enfoque, como se pode observar, no processo que é regulado, não importando quais as modalidades, abrange duas situações:

— uma, de caráter *objetivo*, que corresponde ao *menor preço* entre as propostas, considerando a seriedade dos elementos técnicos de aferimento e convicção;

— outra, de caráter *subjetivo*, que decorre do *melhor preço*, atendendo no confronto das propostas índices que façam convencimento jurídico na postulação.

Figurada a finalidade legal *possível*, apreciados os elementos técnicos que somados se completam no exigível, há de se permitir à Administração justificada liberdade de escolha, ou seja, de decisão no julgamento quanto ao preço que é *menor* e aquele preço que é o *melhor* ¹⁹.

Destaque-se, em razão do devido processo, a proposta mais *vantajosa* ou a oferta mais *conveniente*; aquela oferta proposta que reúna condições normais de aceitação contratual na execução ou na prestação do serviço, porque nem sempre a *menor* na prática administrativa pode garantir a exação com respeito ao cumprimento das obrigações assumidas ²⁰.

é um eficaz instrumento jurídico para o desenvolvimento da ação estatal, na ordem interna e internacional; o mesmo se estabelece por acordo criador de relações jurídicas ou com o simples consentimento por adesão do particular; todos os modos de gestão indireta dos serviços públicos têm uma base comum no prévio contrato, como técnica jurídica de colaboração que harmoniza esferas de interesses substancialmente diversos entre a Administração e seus co-contratantes" (v. José Roberto Dromi, op. et loc. cit., p. 4).

19. Admite-se, na doutrina, inclusive na brasileira, "que a licitação constitui trâmite essencial no processo de formação do contrato administrativo", de modo "que a sua nulidade importa em que seja conseqüentemente nula a contratação subsequente" (v. Luiz Rafael Meyer, Parecer, *Diário Oficial*, n. 1.135, Brasília, 1977).

20. "As normas legais, trate-se da Constituição ou de leis formais ou materiais, que estabelecem procedimentos especiais para selecionar o co-contratante da Administração, possuem uma dupla finalidade: 1) assegurar a *eficiência* no cum-

Conclusivamente, três premissas devem dar conteúdo ao julgamento das propostas:

— em igualdade de condições a preferência volta-se imperativamente para a proposta que apresente o menor preço;

— em igualdade de preços a proposta que ofereça globalmente melhores condições de execução ou prestação;

— em igualdade de condições globais a proposta que resulte da soma de valores objetivos e subjetivos.

A tônica, nos critérios de julgamento, diante da igualdade de condições das propostas, permite à Administração buscar, no interesse do serviço, outros fatores também ponderáveis, como inclusive o de tradição dos licitantes na especialidade, de maiores garantias econômicas privadas, dando maior capacidade creditícia ao licitante.

primento do contrato; 2) evitar toda suspeita de *imoralidade* na respectiva negociação” (v. Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1978, t. 3-A, p. 155).

Capítulo XXXIX

TRÂMITES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO LICITATÓRIO

Sumário: 297. Trâmites essenciais no processo. 298. Preparação cautelar e técnica. 299. O edital convocatório. 300. Recebimento das propostas. 301. Abertura das propostas. 302. Julgamento. 303. Adjudicação. 304. Contrato administrativo.

297. TRÂMITES ESSENCIAIS NO PROCESSO

Determinante *geral* nas contratações administrativas, o processo *licitatório* como processo *administrativo* possui trâmites obrigatórios previamente estabelecidos, podendo ser assim enumerados na seguinte ordem constitutiva:

- preparação cautelar e técnica;
- edital convocatório;
- recebimento das propostas;
- abertura das propostas;
- julgamento;
- adjudicação;
- contrato administrativo.

Cada trâmite, isoladamente, representa uma etapa procedimental¹. Somados, realizando unidade diante da finalidade, contribuem para a formação final do contrato administrativo. A falta de um só trâmite, já que todos são essenciais, prejudica a normalidade das relações, afeta o equilíbrio no julgamento e torna duvidosa a licitação.

298. PREPARAÇÃO CAUTELAR E TÉCNICA

A definição do interesse público e a qualificação da obra ou serviço integram a vontade administrativa à atividade da Administração, levando

1. Hely Lopes Meirelles, *Licitação e contrato administrativo*, São Paulo, 1975, p. 109-58; João Angélico, *A contabilidade na administração pública*, São Paulo, 1976, p. 167-79; Lucia Valle Figueiredo, *Direitos dos licitantes e prerrogativas da administração*, São Paulo, 1977, p. 35-77.

tando na ordem interna os elementos indispensáveis ao ato capaz de justificar o interesse e validar a intenção. Preparatória, por excelência, esta primeira fase traduz um dever administrativo concreto e avaliável nos pressupostos finalísticos.

Tal levantamento na ordem interna pressupõe recursos financeiros compatíveis e dados técnicos, dando figuração real à obra ou ao serviço, à programação da despesa contratual relativa aos custos prováveis, bem como às especificações necessárias para o perfeito conhecimento do querer administrativo a realizar².

Na chamada fase *preparatória* do processo, anterior à abertura da licitação, para lisura do comportamento da Administração, a instrução recomendada previne os essenciais trâmites procedimentais, torna pública a competente autorização, reserva recursos normais ou extraordinários à efetividade da contratação após cumpridas as regulares exigências de natureza legal.

299. O EDITAL CONVOCATÓRIO

É de natureza jurídica peculiar do próprio processo licitatório a convocação dos administrados para que venham colaborar ou participar³. Praticamente, no sentido da vontade administrativa, dá-se abertura às concorrências públicas, uma forma de convite pela qual os particulares tomam conhecimento de obras ou serviços que a Administração deseja realizar.

A bem informar, “o *chamado à licitação* é uma comunicação ou manifesto público, contendo as indicações principais acerca do objeto e modalidades do contrato”⁴. No Brasil, a figura do *edital* ganhou material expressão jurídica como instrumento convocatório, bastando sua publicação para que se dê início normal às relações processuais⁵.

Do edital, como instrumento de valor jurídico, decorre a manifesta vontade administrativa, o processo e por consequência a contratação. Sem

2. João Angélico, *Preparação*, in op. cit., p. 168-9.

3. Miguel Angel Berçaitz, *Licitación y pliego de condiciones*, in *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, 1952, p. 260-1; Miguel S. Marienhoff, *Llamado a licitación*, in *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1978, t. 3-A, p. 215-6.

4. “A confusa ou obscura redação do aviso ou chamada à licitação pode viciar de ilegitimidade o ato, porque dele poderia resultar afetada a *certeza* que é um dos atributos ou requisitos do elemento objeto ou conteúdo do ato administrativo” (v. Miguel S. Marienhoff, op. cit., t. 3-A, p. 215).

5. “O edital é o instrumento através do qual a Administração leva ao conhecimento público a abertura da concorrência ou da tomada de preços, fixa as condições de sua realização e convoca os interessados para a apresentação de suas propostas. Vincula inteiramente a Administração e os proponentes às suas cláusulas. Nada se pode exigir ou decidir além ou aquém do edital, porque ele é a lei interna da concorrência e da tomada de preços” (v. Hely Lopes Meirelles, op. cit., p. 110-1).

dúvida constitui o documento jurídico formal básico mais importante no regime licitatório. Todos os atos relacionais dele dependem até a assinatura do futuro contrato ⁶.

Questão de lei, traz o edital, no seu conteúdo, as indicações obrigatórias ⁷, marcando, com exatidão, as condições da convocação pública, como devem ser as propostas e a participação na licitação, quais os critérios de julgamento, a descrição sucinta e precisa da finalidade de obra ou serviço a contratar, visando a execução ou a prestação.

300. RECEBIMENTO DAS PROPOSTAS

Em conceito objetivo, o edital é, por assim dizer, uma síntese da concorrência, a sua própria finalidade. Identifica-se, qualificadamente, com a obra ou o serviço. Quanto às propostas, devem observar com justeza programada, prescrições e condições na determinatividade do legalmente exigível.

Na fase inicial, para formação do processo, expirado o tempo convocatório do edital, a questão é de prazo marcado que, não atendido, depois do mesmo divulgado oficialmente, é de exaurimento também do direito de postular. Constituindo prova, a própria lei manda se determine “dia, hora e local”, e “quem receberá as propostas” ⁸.

Se a divulgação do edital é o meio de dar cumprimento ao princípio da *publicidade*, o respeito pelos prazos de convocação consubstancia dar cumprimento ao princípio da *igualdade* ⁹. Daí porque a primeira operação, encerrado o tempo de recebimento, é a da conseqüente abertura das propostas.

Diante de outro princípio, o da *responsabilidade*, o recebimento completa-se pela abertura, cada proposta constituindo um exame à parte das demais, para efeito de avaliação das exigências preliminares de habilitação, ou seja, da personalidade jurídica, da capacidade técnica e da idoneidade financeira.

301. ABERTURA DAS PROPOSTAS

Numa outra operação, as propostas quando abertas, verificadas as condições de habilitação, estruturam o processo licitatório. Todas as ocor-

6. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Comentários à reforma administrativa federal*, exegese do Decreto-lei n. 200, São Paulo, 1975, p. 110-1.

7. Decreto-lei n. 200, art. 130, I a VIII.

8. Decreto-lei n. 200, art. 130, I e II.

9. “Sejam quantas forem as publicações, o prazo começará a contar da primeira; normalmente não se conta o dia da publicação e inclui-se o dia do vencimento” (v. João Angélico, op. cit., p. 170).

rências da abertura devem ficar registradas, considerando ditames do edital a possível inabilitação dos candidatos por falta ou falha das condições legais regularmente exigidas ¹⁰.

Formalmente, as propostas, contendo valores técnicos, nível de custos ou preços, possuem um *valor jurídico* intrínseco avaliável nos resultados econômicos. Extrinsecamente representam a própria concorrência, a real posição do licitante no processo e, frente à Administração, uma relação que somente se extingue com a escolha do provável co-contratante.

É fundamental, convém repetir, a conformidade das propostas com o edital, a fim de evitar a desqualificação de proponentes, ou mesmo recursos que possam, no curso da instrução processual, prejudicar ou invalidar o julgamento ¹¹. O contido, a mais ou a menos do que o pedido, poderá levar o licitante à desqualificação ou à desclassificação da sua proposta.

De qualquer maneira, a desconformidade com o edital, desde o momento da abertura das propostas, traduz evidente ilicitude, inaceitação em face de fatos que comprometem os licitantes, pois à Administração compete na sua responsabilidade tutelar a igualdade indispensável para chegar a um julgamento jurídico.

302. JULGAMENTO

Com respeito ao julgamento, no processo licitatório, há de vir baseado “nos critérios indicados no edital e nos termos específicos das propostas”, pois “é princípio de toda licitação que o seu julgamento se apóie em fatores *concretos* pedidos pela Administração, em confronto com o ofertado pelos proponentes” ¹².

O procedimento *adjudicação*, correspondendo ao *julgamento*, “limitando ao máximo o poder discricionário da Administração”, além do mais traz o objetivo de “proteger os interesses financeiros das pessoas públicas” ¹³.

10. “Isto é necessário para que se possa verificar, a todo tempo, a regularidade do procedimento licitatório, que é vinculado e não discricionário” (v. Hely Lopes Meirelles, op. cit., p. 121).

11. “Cada proponente terá que fazer sua oferta dentro do permitido pelo edital, pois só poderão ser consideradas as vantagens nele previstas. Nem se admite que a proposta contenha condição estranha ao edital ou que ofereça redução sobre a mais vantajosa. O proponente há que submeter-se, irrestritamente, às cláusulas do edital e ofertar o seu preço com clareza e exatidão, sob pena de invalidar a sua própria oferta” (v. Hely Lopes Meirelles, op. cit., p. 138).

12. Tal propósito “visa a afastar o discricionarismo na escolha das propostas, obrigando os julgadores a aterem-se aos critérios prefixados pela Administração, com o que se reduz e se delimita a margem de valoração subjetiva, sempre presente em qualquer julgamento” (v. Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo, 1978, p. 245).

13. Pierre Vigny, *Après une procédure assurant la concurrence*, in *Droit administratif*, Bruxelles, 1953, p. 270.

A situação jurídica, uma vez criada e levando a obrigações contratuais, necessariamente afeta direitos subjetivos.

Deve o julgamento partir de uma premissa jurídica: “a Administração jamais é inteiramente livre para escolher seu co-contratante”, porque está “submetida aos princípios fundamentais do Direito Administrativo, ao princípio do interesse geral, ao princípio da igualdade e ao princípio da imparcialidade”¹⁴.

Já que o ato de julgamento supõe o ato de adjudicação, é indispensável que no processo haja correspondência entre um e outro, tendo em vista que o julgamento constitui um ato de *aprovação* de uma das propostas, *ato* indispensável à conclusão do processo e à posterior contratação.

No processo licitatório, o ato de julgamento tem a mesma natureza jurídica do ato de adjudicação. Ambos constituem operações que, na simultaneidade dos trâmites procedimentais, integram-se no sentido técnico-processual. Realizam atos-condições que autorizam a conclusão do contrato com a escolha do co-contratante.

303. ADJUDICAÇÃO

Adjudicar, pois, nada mais é, após julgamento, que dar a alguém alguma justa coisa. *In casu*, o contrato, previsto no edital e validado no processo concorrencial. Tendo caráter compulsório, “a adjudicação impede que a Administração, concluído o procedimento licitatório, atribua seu objeto a outrem que não o legítimo vencedor”¹⁵.

Embora na doutrina haja tergiversações, ou seja, dúvidas quanto ao direito de adjudicação, no processo *julgado* esse direito se manifesta em favor da proposta vencedora, impedindo, sem dúvida, nova licitação enquanto perdurar a validade do julgamento. Não havendo justa motivação a Administração responde por ação ou omissão.

Ponderada, em razão da lógica que comanda a sucessão dos trâmites no processo, a adjudicação, além de proteger os interesses financeiros das pessoas públicas, tem por objetivo tornar conhecida a decisão concursal. Significa uma operação destinada *pela publicação* a validar o processo e a permitir denúncia de nulidade ou vícios prejudiciais à realização do contrato¹⁶.

De igual maneira que no edital, tendo havido o julgamento, a exigência de *prévia publicidade* é indispensável à adjudicação. A questão,

14. “Pour mieux assurer le respect de ces principes, les lois et règlements imposent des procédures pour le choix du cocontractant” (v. M. Roger Pinto, *Cours de droit administratif spécial*, Paris, 1959/60, p. 116).

15. Hely Lopes Meirelles, op. cit., p. 245.

16. André de Laubadère, Régime juridique de l'adjudication, in *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris, 1956, t. 1, p. 263-4.

sem dúvida, é de acesso a ela a fim de prevenir situações que “comportem a possibilidade de certas restrições”¹⁷, ou, então, de recursos, que perderão o efeito imediato, depois de consumado o acordo contratual¹⁸.

Supõe a adjudicação, se não um direito posto, pelo menos uma expectativa de direito¹⁹, não podendo dela a Administração fugir sem riscos de responsabilização. Motivada, no entanto, pode e deve assumir, diante da verdade no processo, posição de tutela administrativa. De tutela não só do interesse público, mas de possíveis direitos violentados.

304. CONTRATO ADMINISTRATIVO

Tudo no processo licitatório decorre da proposta mais vantajosa, daquela que contenha menor preço, da que apresenta melhores técnicas de execução ou prestação do serviço, impondo critérios que tornam os atos de julgamento e de adjudicação *atos complexos* porque dependem de fatores materiais conjugados com valores subjetivos²⁰.

Da harmonia entre o edital e a lei, entre o processo e o edital deve surgir o contrato administrativo na sua estrutura jurídica. Conseqüente, portanto, de processo cujos trâmites na *unidade* atendam a finalidade do serviço, transcorrendo-se normais a fim de os licitantes ou de a Adminis-

17. André de Laubadère, *Le principe de l'adjudication publique, Exigence de la publication préalable*, in *Traité*, cit., t. 1, p. 265-8.

18. Na verdade, o problema que se cria é o de que “a adjudicação, via de regra, é feita em conformidade com a sugestão da comissão julgadora, mas não obrigatoriamente; a autoridade administrativa adjudica a concorrência à firma indicada no relatório, adotando os fundamentos da própria comissão e, se quiser, poderá aduzir outras razões. Mas pode também a autoridade administrativa não adotar a conclusão da comissão de julgamento e resolver adjudicar a concorrência a outra firma; nesta hipótese, a adjudicação será precedida de justificativa; poderá também anular a concorrência, embora não tenha sido essa a indicação da comissão; poderá não anular a concorrência contrariando a sugestão da comissão” (v. João Angélico, op. cit., p. 177). Inúmeras podem surgir as situações comprometedoras no momento da operação adjudicatória. Daí, por si mesmo e suas projeções, o ato exigir publicação ou conhecimento dos licitantes.

19. Lucia Vale Figueiredo (op. cit., p. 66-75) estuda com exatidão crítica as várias posições doutrinárias conflitantes, lembrando porém que a adjudicação não pode ser considerada senão “como atribuição do objeto imediato da licitação ao licitante colocado em primeiro lugar”.

20. O Decreto-lei n. 200, art. 113, diz que na fixação dos critérios de julgamento levar-se-ão em conta, “no interesse do serviço público, as condições de qualidade, rendimento, preços, condições de pagamento, prazos e outros pertinentes, estabelecidos no edital”. Passa a Administração, em face de “outros pertinentes”, a tudo poder exigir em nome do interesse público, sendo esta uma prerrogativa inalienável, exorbitante do direito comum.

tração dispensarem os recursos admissíveis ou as faculdades de anulação²¹.

O contrato administrativo, assim, não é apenas um acordo firmado livremente entre partes, consensual diante de relações, obrigações e direitos, nem mesmo simplesmente um negócio jurídico bilateral e comutativo. É muito mais do que isto, considerando-se os aspectos legais, processuais e de normalidade na sucessão dos trâmites obrigatórios.

Quando concluído pela Administração, transforma o poder administrativo em *parte*, com respeito à execução ou à prestação dos serviços contratados. Como pacto consensual, devidamente formalizado nas *relações*, submete os contraentes às rígidas normas ou cláusulas cuja observância constitui exatas *obrigações*.

Fatos supervenientes podem provocar alterabilidade nas obrigações, como também o não-cumprimento do acordo, a imprevisão diante de circunstâncias inesperadas e o desequilíbrio econômico-financeiro. Mas este é outro assunto. Motivo de outros estudos. Problemas que dizem com a execução ou a prestação dos serviços contratualmente comprometidos.

21. Decreto-lei n. 200, art. 137 (recursos admissíveis) e art. 138 (anulação por iniciativa de autoridade imediatamente superior). Com respeito aos recursos, embora não regulamentados, serão aqueles recomendados pelo Direito Administrativo e pelo ordenamento jurídico positivo.

O CONTRATO ADMINISTRATIVO NO DIREITO BRASILEIRO

Sumário: 305. Normas gerais na tradição. 306. A validade no diploma de 1922. 307. Tendências consolidando regras. 308. O Decreto-lei n. 200. 309. A importância do Decreto-lei n. 185. 310. Obras e serviços de engenharia. 311. Condições e recursos. 312. Contratação e penalidades. 313. A Lei (paulista) n. 89.

305. NORMAS GERAIS NA TRADIÇÃO

No Direito brasileiro, observadas as relações públicas entre Administração e administrados, o contrato administrativo vem mantendo uma tradição jurídica capaz de qualificá-lo entre os institutos básicos do ordenamento jurídico positivo.

Inserto nas leis de *contabilidade pública*, pouco influenciado pela doutrina administrativa, manteve entretanto normas gerais fundamentais que ainda hoje vigem, princípios obrigatórios determinantes de relações e obrigações na estrutura e finalidade ¹.

Já em 1922, quando se organizou o Código de Contabilidade da União Federal, normas gerais estabeleciam com precisão:

— “são providos mediante contrato todos os fornecimentos, transportes, aquisições, alienações, aluguéis ou serviços relativos aos diversos departamentos da administração pública”;

— “todos os contratos que resultem receitas ou despesas para o Estado devem ser precedidos de concorrência pública ou administrativa, exceto os casos indicados em leis especiais”;

— “os contratos administrativos regulam-se pelos mesmos princípios gerais que regem os contratos de direito comum, no que concerne ao acordo das vontades e ao objeto” ².

As regras, não obstante gerais, condicionavam a validade, estipulavam cláusulas obrigacionais, os atos de aprovação e adjudicação, as medidas

1. Alonso Caldas Brandão, *Contabilidade pública*, Rio de Janeiro, 1952.

2. Decreto n. 4.536, de 28 de janeiro de 1922, arts. 764, 765 e 766.

Je execução, prevendo-se a rescisão, o dano ou lesão e a reparação, inclusive a possibilidade reclamatória contra a fiel aplicação de cláusulas e violação de direitos.

306. A VALIDADE NO DIPLOMA DE 1922

Dentro da melhor doutrina ainda agora dominante, a validade, como valor jurídico nas relações estabelecidas, partia de formalidades exatamente capituladas, obrigando nos contratos concluídos com a Administração:

— “que sejam celebrados por autoridade competente para empenhar despesa, em virtude de lei ou de delegação, observadas as condições desta”;

— “que sejam realizados para a execução de serviços autorizados na lei e dentro do quantitativo e duração dos créditos, à conta dos quais deva correr a despesa”;

— “a citação expressa, em suas cláusulas, da lei que os autoriza, e a verba ou crédito por onde deve ocorrer a despesa”;

— “que neles se faça a indicação minuciosa e especificada dos serviços a se realizarem e dos objetos a serem fornecidos e os respectivos preços”;

— “que guardem conformidade com as propostas preferidas nas concorrências”;

— “que, nos contratos em que sejam estipulados preços em moeda estrangeira, se declare a taxa ou a data do câmbio para a conversão”;

— “que sejam lavrados nas repartições às quais interesse o serviço, salvo nos casos em que, por lei, devam ser lavrados por tabelião, e traduzidos legalmente em vernáculo, se lavrados em língua estrangeira”;

— “que respeitem as disposições do direito comum e da legislação fiscal”;

— “que sejam registrados pelo Tribunal de Contas”³.

As formalidades, no tocante à validade das contratações administrativas, à época demonstravam, a largo, a necessidade da adoção de medidas legitimadoras, surgindo o problema da legitimidade nas relações e obrigações do regime de *competência*, do serviço necessariamente *autorizado* e dos *créditos* que possibilitassem a despesa.

307. TENDÊNCIAS CONSOLIDANDO REGRAS

Na seqüência histórica dos fatos, na evolução do Direito Administrativo, a legislação brasileira procurou constantemente atualizar-se adotando instrumentos compatíveis com o interesse da Administração e os serviços a serem prestados pelos particulares.

3. Decreto n. 4.536, art. 767.

Nas linhas gerais perseguiu sempre uma mesma orientação doutrinária a partir de 1922, estabelecendo, porém, depois, critérios informadores assentados na organização político-constitucional⁴. Numa sábia tendência, consolidaram-se regras, de origem na *unidade* e projeções *descentralizadoras*.

Em sua maioria, os diplomas que vieram a regular matéria de relação administrativa, ao mesmo tempo que fixavam normas de comportamento público, atendiam a procedimentos especiais⁵. De conteúdo programático, harmonizavam os modos de *querer* com os modos de *fazer*, vinculando a *processos* toda atividade de administração.

A exação pública, ligada à colaboração ou participação dos particulares, fica sendo sempre uma manifestação volitiva de conduta processual, tendo como ponto fundamental de convergência o acordo entre as partes, uma finalidade de serviço predeterminada na figuração própria, fundada na lei conforme as diretrizes traçadas.

308. O DECRETO-LEI N. 200

Em todo o território nacional, os contratos de compras, obras e serviços passaram a reger-se dentro de normas e disposições gerais diante da estrita observação do princípio da licitação⁶. A dispensa, quando pedida, só vinga nos casos previstos na lei, ou seja, em face dos casos exemplarmente qualificados⁷.

Analisado no seu contexto e textos, o diploma fundamental que manda no Brasil, à obrigatoriedade das licitações públicas, prevê as modalidades de contratação, impõe para elas o princípio da publicidade, assegura a importância do edital, a natureza das garantias quando exigidas, a habilitação e os regimes próprios de prestação ou execução⁸.

4. O já referido Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, dispõe sobre a organização da Administração federal e estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa.

5. Outros diplomas básicos: a Lei n. 5.456, de 20 de junho de 1968, mandando aplicar aos Estados e Municípios as normas relativas às licitações previstas no Decreto-lei n. 200; a Lei n. 5.721, de 26 de outubro de 1971, dispondo sobre normas relativas às licitações de bens do Distrito Federal; o Decreto-lei n. 1.377, proibindo os Estados e Municípios de firmarem contratos sem que os correspondentes recursos estejam previstos nas programações orçamentárias; o Decreto-lei n. 185, de 23 de fevereiro de 1967, estabelecendo normas para revisão de preços em contratos de obras ou serviços a cargo do Governo Federal; o Decreto n. 60.407, de 11 de março de 1967, fixando teto para reajustes de contratos e dispondo sobre a rescisão dos mesmos; o Decreto n. 60.888, de 22 de junho de 1967, sobre as despesas miúdas e de pronto pagamento; o Decreto n. 64.345, de 10 de abril de 1969, instituindo normas para a contratação de serviços, objetivando o desenvolvimento da engenharia; o Decreto n. 73.140, de 9 de novembro de 1973, regulamentando as licitações e os contratos relativos a obras e serviços de engenharia.

6. Decreto-lei n. 200, art. 125.

7. Decreto-lei n. 200, art. 126, §§ 1.º e 2.º.

8. Decreto-lei n. 200, arts. 127, 129, 130, 131, 132 e 135.

Nas obrigações decorrentes de licitação, submetendo a Administração a critérios procedimentais, está “o contrato bilateral, obrigatório nos casos de concorrência e facultativo nos demais casos”, uma aberta participação de conhecimento dos interessados e a faculdade de qualquer participante conhecer os termos do contrato celebrado⁹.

A rigor, o diploma apontado neste parágrafo diz como se deve desenvolver o processo de licitação, de como as diferentes fases ficam instrumentadas, qual a posição da Administração quanto ao que deve exigir dos participantes, não esquecendo o princípio da responsabilidade, inclusive com respeito ao futuro direito de licitar.

309. A IMPORTÂNCIA DO DECRETO-LEI N. 185

Antecipando o diploma fundamental, outro, de real importância para a Administração, é aquele que, mandando respeitar os orçamentos aprovados para os órgãos públicos, estabelece normas obrigatórias para a contratação de obras que reúnam previamente os requisitos seguintes:

— “a existência de um projeto de engenharia completo e aprovado pela autoridade competente”;

— “a existência de um cronograma físico-financeiro de execução de acordo com o projeto de engenharia”;

— “a existência de recursos financeiros necessários, assegurados no orçamento do exercício”¹⁰.

O projeto em questão “deverá ter todos os seus elementos devidamente qualificados e quantificados, de modo que seja possível a elaboração de orçamento parcial e total da obra”, não falando do cronograma financeiro “expresso em preços constantes” e de recursos “que cubram o período previsto para a execução da obra”¹¹.

Dois pontos no regime jurídico do contrato merecem destaque:

— “os contratos de obras ou serviços de órgãos do governo federal poderão conter cláusulas de revisão de preço, desde que estipuladas, previamente, condições de revisão nos atos convocatórios das concorrências respectivas”¹²;

— “os órgãos responsáveis farão, obrigatoriamente, a medição e a classificação das obras ou serviços executados em cada período a ser rea-

9. Decreto-lei n. 200, arts. 134, 137 e 138.

10. Decreto-lei n. 185, art. 1.º, letras *a*, *b* e *c*.

11. A qualificação e a quantificação pertencem ao próprio texto do art. 1.º do Decreto-lei n. 185. É essa uma saudável exigência asseguradora, a fim de que recursos financeiros não faltem para a execução de obras. Constituem, *a priori*, estudo de como o contrato deva ser assinado ou de como se deve proceder a execução.

12. Decreto-lei n. 185, art. 5.º.

justado, para definição dos valores dos reajustamentos e controle do cronograma de execução estabelecidos no contrato”¹³.

Observe-se que a Administração não fica livre para reajustar ou revisar preços, porque para isso depende do permitido no ato convocatório e do levantamento do que se executou após o contrato. Sem a incidência de poderes contidos na formalização contratual e conseqüentes da convocação, os reajustes dependem de *atos* e não da vontade das partes.

310. OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA

Verifique-se que, na doutrina brasileira, nascida da inspiração legislativa, o ato de contrato antecede a contratação¹⁴. Em todos os documentos vigentes há, por assim dizer, *unidade* de postura na conduta administrativa, aprofundando regularidade nas relações procuradas e estabilidade nas obrigações assumidas.

Como exemplo temos os contratos para obras e serviços de engenharia, tipificando uma atividade que necessita da colaboração ou da participação dos particulares¹⁵, impondo, por antecipação, condições que obrigam a Administração, criando, em razão da lei, requisitos para que normalmente seja efetivada a licitação.

Entre os *requisitos* prévios que antecedem o processo e permitem a realização da licitação, estão os seguintes:

— “definição precisa do seu objeto, caracterizado por objetos completos, especificações e referências necessárias ao perfeito entendimento, pelos interessados, do trabalho a realizar”;

— “existência ou previsão de recursos orçamentários suficientes ao desenvolvimento normal dos trabalhos, segundo as previsões do cronograma”;

— “estabelecimento de providências para oportuno desembaraço, ocupação, utilização, aquisição ou desapropriação dos bens públicos ou particulares necessários à execução dos trabalhos”¹⁶.

Diante da objetividade da norma legal, considera-se projeto completo “o aprovado pela autoridade competente que conjugue os elementos e informações indispensáveis à integral definição qualitativa e quantitativa dos

13. Decreto-lei n. 185, art. 6.º, § 2.º.

14. “É preciso examinar primeiro o ato e depois o contrato. O acordo é que faz, pela finalidade, o ato bilateral. Ao nascer, o ato, que realiza o contrato, é unilateral” (v. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Atos administrativos*, São Paulo, 1980, p. 320).

15. Decreto n. 73.140, de 9 de novembro de 1973, que regulamenta as licitações e os contratos relativos a obras e serviços de engenharia.

16. Decreto n. 73.140, art. 3.º, I, II e III.

atributos técnicos, administrativos, econômicos e financeiros dos trabalhos e de sua forma de execução”¹⁷.

Consideram-se obras, para os efeitos de aplicação da lei, “todos os trabalhos de engenharia de que resulte criação, modificação ou reparação de bem público, mediante construção, ou que tenham como resultado qualquer transformação do meio ambiente natural”¹⁸.

No mais, as questões se resolvem pelas disposições contidas na lei orgânica *maior* das licitações, observadas situações que dizem na especialidade com obras ou serviços¹⁹, embora, na tipicidade das obrigações, haja inovações com respeito à habilitação, à participação de interessados e ao devido processamento.

311. CONDIÇÕES E RECURSOS

Entre os enfoques de maior destaque no diploma que regulamenta as licitações e os contratos relativos a obras e serviços de engenharia, merecem valoração jurídica os capítulos que tratam determinativamente:

- dos atos convocatórios;
- dos consórcios;
- do processamento e julgamento;
- dos recursos.

No ato convocatório, realizado por meio de edital, as condições de habilitação e os respectivos critérios ficam exatamente estipulados²⁰, inclusive com respeito a admitir-se a participação de pessoas físicas ou jurídicas reunidas em consórcio, não obstante o agrupamento ficar limitado a um possível número máximo de empresas²¹.

Pelo processamento, ou processo licitatório, chega-se necessariamente ao julgamento, conforme os critérios preestabelecidos nos atos convocató-

17. Idem, art. 3.º, § 1.º.

18. Idem, art. 4.º.

19. Decreto-lei n. 200, art. 126.

20. Decreto n. 73.140, Cap. IV, art. 11.

21. Pelo art. 23, há condições implícitas: *a)* da designação do representante legal do consórcio; *b)* da composição do consórcio; *c)* do objetivo da consorciação. Ficando claro que os “compromissos e obrigações dos consorciados, dentre os quais o de que cada consorciado responderá individual e solidariamente pelas exigências de ordem fiscal e administrativa pertinentes ao objeto da licitação, até a conclusão final dos trabalhos ou serviços que vierem a ser contratados com o consórcio”, pois fica valendo no acordo a “declaração expressa de responsabilidade solidária de todos os consorciados pelos atos praticados sob o consórcio, em relação à licitação, e posteriormente ao eventual contrato”.

rios, ficando aberta uma exceção na igualdade de condições em favor dos licitantes nacionais, não prejudicando a preferência dos licitantes estrangeiros possuidores de melhores propostas ²².

No capítulo dos recursos, de grande importância nos trâmites procedimentais até final, fica normado:

— terão efeito devolutivo, para a autoridade competente, após julgamento;

— terão efeito suspensivo na fase da habilitação sob pena de preclusão ²³.

Qualquer que seja o recurso adotado, já que é permitido aos licitantes formular impugnações ou protestos por escrito, as instâncias administrativas nos processos licitatórios “são as previstas na legislação específica dos órgãos ou entidades promotoras” ²⁴. Cabe, entretanto, na hierarquia, avocar-se o processo para anulá-lo ou revogá-lo.

312. CONTRATAÇÃO E PENALIDADES

Na sua inteligência, a lei que regula as licitações e os contratos relativos a obras e serviços de engenharia traz, no seu conteúdo contextual, algumas disposições bastante rigorosas, a conhecer:

— “a execução da obra ou serviços de engenharia será contratada com o licitante classificado em primeiro lugar”;

— “o contrato será firmado pela autoridade competente, em nome da Administração, e pelos representantes das empresas vencedoras”;

— “a critério da Administração e mediante sua prévia aprovação o contratado poderá, em regime de responsabilidade solidária, subcontratar partes da obra ou serviço”;

— “poderá o contrato, com prévia aprovação e a exclusivo critério da Administração, ceder o contrato a terceiro, em todo ou em parte”;

— “o resultado dos trabalhos executados em decorrência das disposições contratuais incorpora-se, de pleno direito, à propriedade da Administração” ²⁵.

As disposições gerais acima enunciadas constituem princípios básicos e fundamentais que podem ser adotados ou não no ato convocatório da licitação. No entanto, em caso de inexecução, erro de execução, execução

22. Idem, arts. 34, 38 e parágrafo único.

23. Idem, Cap. VII, art. 41 e parágrafos.

24. Idem, arts. 47 e 48.

25. Idem, arts. 49, 53, § 2.º, 55, 56 e 57.

imperfeita, mora de execução ou inadimplemento contratual, “os contratos estarão sujeitos, sem prejuízo da responsabilidade civil e criminal que couber”, a penalidades administrativas na lei equacionadas ²⁶.

Examinando o diploma nos aspectos conclusivos, sem adentrar as penalidades previstas aplicáveis, na ocorrência de situações irregulares, a Administração poderá, no seu interesse e critério, declarar a rescisão do contrato. O problema, no entanto, conhecido em tese, somente será passível de apreciação nos casos concretos.

As implicações legais, dominantes para a edição do ato convocatório, via de regra geral, devem integrar-se nas cláusulas contratuais, permitindo que a Administração, em virtude da fiscalização, verifique a perfeita execução do projeto e o atendimento das especificações.

313. A LEI (PAULISTA) N. 89

No Direito brasileiro, na sua melhor tradição, a lei em epígrafe realiza um perfeito diploma de normas virtuais na temática das contratações administrativas ²⁷. Merece menção e destaque, conhecimento e estudo, entre as demais que compõem, na matéria específica, atuação administrativa de jurídico comportamento público ²⁸.

Sob todas as tônicas e aspectos jurídicos está presente aqui o princípio da responsabilidade administrativa, reflexa principalmente em duas disposições de inconfundível natureza conceitual:

— “nenhuma obra ou serviço será licitado ou contratado, quando dispensável a licitação, sem provisão de recursos financeiros e projeto básico aprovado pela autoridade competente, sob pena de nulidade dos atos de responsabilidade de quem lhes deu causa”;

— “a execução da obra ou do serviço será sempre programada em sua totalidade, permitindo-se, porém, a execução parcial, por etapas, de acordo com os recursos disponíveis e as conveniências da Administração” ²⁹.

No tocante ao procedimento licitatório “será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado,

26. Art. 72, I a III e parágrafo único.

27. Lei n. 89, de 27 de dezembro de 1972, do Estado de São Paulo.

28. O mestre Hely Lopes Meirelles, quando Secretário da Justiça, introduziu no Brasil princípios e preceitos inovadores. Num só diploma, claro e determinativo, deu unidade às normas vigentes, cuidando com inteligência dos vários aspectos da contratação de obras e serviços públicos. Constitui, sem nenhuma reserva, documento de alta valia na evolução do Direito Administrativo. O lamentável é que não possamos analisá-la, em face da orientação didática deste livro, examinando-a nas suas verdadeiras dimensões jurídicas.

29. Lei n. 89, arts. 3.º e 4.º.

contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta do seu objeto e o recurso próprio para a despesa”³⁰.

O destaque importante, nos contratos administrativos de que trata a lei mencionada, é que se regulam “pelas suas disposições e pelos preceitos de Direito Público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios de Direito Privado”³¹, dando, assim, à Administração meios e modos de melhor buscar a participação ou a colaboração dos particulares.

Em tese e na prática, o contrato, após formalizado, envolvendo o princípio da responsabilidade administrativa, deve ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas legais, “respondendo cada qual pelas conseqüências de sua inexecução total ou parcial”³².

Mantém a lei nominada o que de melhor há na doutrina comparada com respeito à inexecução e à rescisão dos contratos, deixando a Administração protegida quanto ao cumprimento das cláusulas ou no tocante a fatos que, produzindo conseqüências prejudiciais, demandam soluções que garantam o interesse público afetado.

30. Art. 31, especificando, detalhadamente, os documentos que devam instituir o processo na sua abertura, como também os documentos relativos à licitação. A questão, nos incisos I a XII, é de formação do processo e de instrução processual, inclusive do que o edital deve conter, conforme fica explicitado no art. 32.

31. Art. 40 da Lei n. 89. Registre-se, também na oportunidade, no art. 42, a “superveniência de fato excepcional e imprevisível, estranho à vontade das partes, que altera fundamentalmente as condições de execução do contrato”.

32. Art. 50: “A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração, especialmente designado”.

11.^a PARTE

- PRAZOS E DURAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS
- CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: ACOMPANHAMENTO DA EXECUÇÃO
- MEDIDAS CORRETIVAS: PRORROGAÇÃO, RENOVACÃO OU REVOGAÇÃO
- MEDIDAS EXTINTIVAS DO CONTRATO: RESCISÃO E ANULAÇÃO

PRAZOS E DURAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Sumário: 314. A eficácia diante dos efeitos. 315. Finalidade e prestações de pagamento. 316. Realização antecipada da finalidade. 317. Os prazos na execução concluída. 318. Duração certa e execução. 319. Os prazos como garantia das obrigações. 320. Prazos e etapas executórias. 321. Consequências negativas da execução.

314. A EFICÁCIA DIANTE DOS EFEITOS

Um dos pontos de avaliação, tendo em exame um contrato administrativo, é o do conhecimento da eficácia diante dos efeitos. Já que o contrato concluído com a Administração destina-se a produzir efeitos jurídicos numa finalidade concreta, resta saber em razão do acordo e respectivas cláusulas avençadas:

— se o co-contratante, por seu próprio risco, em face de disposições expressas, pode na execução antecipar o cumprimento dos compromissos assumidos ou atuar livremente para o atendimento do interesse público que motivou a contratação;

— se a Administração, coobrigada na execução, detendo faculdades de controle, em face da exação na prestação do serviço, pode aceitar alteração do regime do contrato, sem com isso modificarem-se as obrigações assumidas.

Parece que sim, pois, concretizada a finalidade do contrato, estão satisfeitas as exigências do interesse público. Desde que respeitado o objeto contratual é possível dar como cumpridas as obrigações estipuladas. Tenha-se em conta que tanto a Administração como o co-contratante têm o dever de procurar os melhores processos técnicos e os meios materiais mais adequados ¹.

1. O contratante particular, devotando-se ao interesse público do contrato, submetendo-se a leis e regulamentos, guarda para si o direito de entregar a obra ou serviço, segundo a lógica da vinculação contratual. O problema, portanto, em vista da provada capacidade técnica, pressupõe o equilíbrio entre as obrigações e o que foi executado. Se o contrato assenta numa determinada equação financeira, a res-

Não se deve apenas discutir na execução dos contratos administrativos problemas de inexecução ou descumprimento, ficando indispensável não esquecer o interesse público realizado. Dúvidas não existem, neste ponto jurídico, de que os contratos também terminam com a extinção das obrigações no tocante à responsabilidade dos executores.

315. FINALIDADE E PRESTAÇÕES DE PAGAMENTO

Na verdade das relações, o término antecipado da obra ou do serviço, desde que corresponda ao interesse público, é um efeito do contrato administrativo que não pode deixar de ser considerado e não apenas um daqueles efeitos decorrentes da execução programada.

A Administração, de sua parte, não pode desentender-se com respeito à forma pela qual o particular cumpre o serviço ou executa a obra, embora “não se desligue, não se desvincule nem do serviço e nem da obra”². O esperado, na execução, é que o interesse público não venha conflitante com a finalidade contratual.

Preservados, na execução de obras ou serviços, os aspectos materiais, técnicos, financeiro e legal, insertos na contratação, cumpridas pelo co-contratante as obrigações contraídas, está claro que a Administração tem o dever de cumprir as suas. O interesse é o que importa satisfazer, e com a satisfação dele, as obrigações de ordem econômica antes comprometidas.

Não cabe à Administração, no regime do contrato, uma vez cumpridas as obrigações de execução, senão atender os direitos do co-contratante assegurados em seu favor, conseqüentes do *mutuus consensus* que não se altera por motivos da entrega antecipada de obras ou serviços. A situação criada é a mesma para as partes conforme a finalidade atingida.

Em todo contrato administrativo, inclusive nas concessões de serviço público, há uma equivalência entre o que se dá e o que se exige, não podendo a Administração, a não ser por razões imprevistas, alterar a fórmula aritmética da equação econômico-financeira³. Completada a finalidade, ficam exigíveis as prestações de pagamento.

ponsabilidade das partes, e, principalmente, da Administração, reside no recebimento do realizado, no exato cumprimento das vantagens prometidas ao particular. Sem dúvida, diante de hipóteses possíveis, as relações contratuais extinguem-se, ficando a Administração, após fiscalização, com o dever de cumprir o economicamente ajustado.

2. Miguel Angel Berçaitz, *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, 1952, p. 288.

3. Georges Péquignot, *Théorie générale du contrat administratif*, Paris, 1945, p. 376.

316. REALIZAÇÃO ANTECIPADA DA FINALIDADE

Sabemos que os efeitos nos contratos administrativos não resultam de interesses situados num mesmo plano⁴. Quanto a isso, os interesses no ajuste, estando colocados em planos diferentes, o público e o particular, conduzem o hermenêuta, ao analisar as obrigações executórias, à necessidade de conhecer:

- o regime próprio ou peculiar do contrato;
- o que realmente se efetivou na execução.

A bem ver, estando os interesses colocados em planos diferentes, “não se conclua precipitadamente pela absoluta separação dos dois campos de direito”⁵. As duas partes, Administração e particular, adquirem deveres conforme o estrito cumprimento das obrigações.

O princípio da possibilidade material e jurídica da finalidade, idêntico ao contido nas leis civis, tem porém no interesse público a sua motivação. Realizado o interesse, desaparecem os efeitos, dando ensejo ao término das relações. Permanecendo, todavia, ficam as obrigações para serem respeitadas consoante a categoria do contrato.

Se de um lado a Administração deva ficar vinculada às regras dos prazos fixados de pagamento, o mesmo pode não acontecer com o particular quando possua condições técnicas para desenvolver obras e serviços aquém dos limites dos prazos estipulados. O que quer dizer que os planos de trabalho não ficam, quando respeitado o interesse público, sujeitos a cláusulas que só dizem com o co-contratante responsável pela execução.

Se há um provável direito do co-contratante à compensação dos prejuízos imprevisíveis, também há um direito no regime do contrato conseqüente da realização antecipada de obra ou serviço. As obrigações derivadas dos contratos públicos fazem-se imediatas à execução programada já que não acontecem perturbações econômicas e houve provimento de recursos financeiros.

Aliás, a retribuição, conforme as previsões financeiras iniciais, corresponde a etapas de execução que resultam em etapas de pagamento, uma vez que “logicamente o cumprimento das obrigações podem variar

4. “Nos dois planos em que a Administração realiza atividades de governo, a nível puramente administrativo ou naquele onde busca a colaboração do particular, a responsabilidade estatal assume idênticas posturas jurídicas, dependendo para concretar-se do cumprimento dos deveres legais ou das obrigações pactuadas” (v. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Atos administrativos*, São Paulo, 1980, p. 354).

5. João de Melo Machado, *Teoria jurídica do contrato administrativo*, Coimbra, 1936, p. 156.

em razão do grau de participação do co-contratante na execução da obra, serviço ou prestação ajustada”⁶.

Não constitui novidade, entregue a obra ou serviço antes dos prazos estipulados, a Administração ficar com o dever jurídico de pagar integralmente o realizado, pois nos casos de retardo ou demora o co-contratante enfrenta sanções que somente podem não se aplicar em virtude de força maior ou fatos inesperados. As prerrogativas, quando existem, decorrem da execução anormal, da inexecução ou má prestação.

317. OS PRAZOS NA EXECUÇÃO CONCLUÍDA

Não só o mútuo entendimento entre os contratantes põe fim ao contrato, dá por terminada a obrigação de fazer. Também a execução concluída termina o acordo, embora outro tenha sido o prazo convencionado. Satisfeito o interesse público, salvo motivo para não recebimento da obra ou serviço, completa-se a obrigação de pagamento prevista no contrato.

Na prática administrativa, num sentido mais largo, os prazos de execução manifestam-se sob duas distintas maneiras:

- prevendo-se no contrato uma *data* precisa de prestação de serviço;
- prevendo-se no contrato uma *duração* por um período determinado⁷.

Obviamente, o que se tem em mira, no interesse público, é a obra ou o serviço, ficando lógico, portanto, considerar também prazos que se cumprem fora das previsões contratuais. Se se pode permitir o silêncio quanto a prazos, também é permissível aceitar a antecipação do cumprimento das obrigações executórias.

Em princípio geral, por imposição do interesse público, os contratos administrativos devem conter rigorosas prescrições relativas a prazos de execução⁸, ressaltando-se, nas contratações, penalidades pelo retardamento ou demora. No entanto, a obrigatoriedade, que provoca sanções, deixa apenas a Administração comprometida com a execução plena e final.

318. DURAÇÃO CERTA E EXECUÇÃO

Se a declaração de vontade recíproca está destinada a reger os direitos das partes, tem pouca transcendência o tempo ou a duração da execução ou prestação. Transcendência tem a execução sempre sujeita a fiscaliza-

6. Julio A. Prat, Los actos y los contratos administrativos, in *Derecho administrativo*, Montevideo, 1978, v. 2, t. 3, p. 300.

7. André de Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris, 1956, t. 2, p. 123.

8. André de Laubadère, op. cit., t. 2, p. 127.

ção, a critérios executórios acertados, a *modos* que constituem *subordinação* na relação jurídica contratual.

O que reflete importância fundamental decorre exclusivamente da finalidade dos contratos administrativos⁹. A finalidade de interesse público, afetando todas as contratações públicas, é a colocação dominante nas relações contratuais. Por isso, a *pronta* execução é que melhor atende às necessidades coletivas.

Não obstante no Brasil tenha o legislador fixado um prazo maior de duração, a preocupação vem adstrita à “vigência dos respectivos créditos”¹⁰. *In casu*, a duração certa do contrato nada tem que ver com a execução. Não ocorrendo circunstâncias que prejudiquem a conclusão de obras ou serviços, o que vale é o recebimento definitivo ou a incorporação do objeto do contrato.

Prevalecem, sem dúvida, na execução normal dos contratos administrativos:

- o interesse público que motivou a contratação;
- a finalidade prevista ou esperada;
- o término da execução ou prestação;
- na execução programada os prazos não cumpridos.

Nessa ordem de idéias reside o direito de a Administração exigir do seu co-contratante o cumprimento do convencionado conforme as estipulações contratuais. A observância dos prazos figura entre as obrigações regradas de ambas as partes, tanto se trate de obrigações parciais ou da obrigação principal¹¹.

Em se tratando da obrigação *principal* exatamente cumprida, todas as demais nela se integram em face da finalidade realizada. Se bem que a legislação e a doutrina considerem situações anormais ou imprevisíveis, a responsabilidade dos contratantes cessa no momento da entrega pacífica da obra ou serviço.

9. “É que a atividade administrativa está dirigida, sempre, a satisfazer aos interesses públicos, às necessidades coletivas, às necessidades do grupo social, de sorte que os contratos administrativos, sendo como são atividade administrativa, devem ter, por objeto ou finalidade, também a satisfação do interesse público e das necessidades coletivas” (v. Hector Jorge Escola, *Noción y caracterización de los contratos administrativos; la finalidad de los contratos*, in *Estudios de derecho administrativo*, Montevideo, 1979, t. 1, p. 128).

10. “Os contratos devem ter duração certa, adstrita à vigência dos respectivos créditos, não podendo o prazo exceder de cinco anos...” (v. art. 777 do Regulamento de Contabilidade Pública da União, Dec. n. 4.536, de 28-1-1922).

11. Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1978, t. 3-A, p. 351.

319. OS PRAZOS COMO GARANTIA DAS OBRIGAÇÕES

O estudo nos contratos administrativos dos prazos estipulados constitui uma garantia jurídica do cumprimento das obrigações assumidas. Todavia, se diante de acontecimentos maiores os prazos podem ser alterados, diante da normal execução antecipada os prazos se incorporam, deixando a Administração na obrigação de pagar.

Assim, os prazos, nos procedimentos executórios normais, fazem uma medida de valor jurídico *relativo*. Torna-se em valor *absoluto* exigindo análise avaliatória quando da ocorrência dos fatores adversos, de força maior resultante de fatos estranhos ou naturais, e que perturbem o equilíbrio da equação econômico-financeira ¹².

Inserido entre os subelementos específicos (condições de execução) e os sub-requisitos específicos (tempo de vigência), o prazo aparece nos contratos administrativos como uma imposição concreta limitativa nas relações jurídicas ¹³. O que importa é saber como adequá-lo na duração do contrato, sobretudo nas figuras da concessão, do uso de bens de domínio público e nos empréstimos.

O prazo, pois, “tem uma característica no contrato administrativo”, ou seja, atuando como “máximos de duração e não como mínimos” ¹⁴. A Administração convencionou com o particular um *tempo jurídico* de execução ou prestação, nada impedindo que, no tocante às obras públicas, principalmente, fique reduzido e com a redução integrem-se os pagamentos conforme a conclusão dos trabalhos.

320. PRAZOS E ETAPAS EXECUTÓRIAS

Evidente que, na boa execução administrativa, precedam as previsões financeiras aplicáveis, a fim de que as partes possam normalmente corresponder à finalidade objetiva da contratação. Não há rigidez, nem pode haver, quando o que o interesse público quer é a obra ou o serviço. Com isso o contrato fica mantido dentro da licitude dos propósitos públicos.

Nas projeções práticas os prazos procuram a *racionalização* na execução ou prestação contratual, não valendo, salvo prova em contrário, o argumento, com respeito à Administração, de que a obra ou o serviço não se tenham realizado com eficiência e mais rápida execução.

O interesse privado, correspondendo na execução ao interesse público, sensibiliza a finalidade no que tem de fundamental para as partes e

12. Neste livro: 3.^a parte, Cap. XII; 8.^a parte, Cap. XXIX.

13. Neste livro: 1.^a parte, Cap. III, § 22.

14. Miguel Angel Berçaitz, op. cit., p. 255-8.

para a satisfação do que é *jurídico* na consumação do acordo antes ajustado na reciprocidade.

Ad argumentandum, os prazos, ativada a fiscalização da execução do contrato, independentemente de cláusula contratual expressa, vencem-se nas corretas etapas executórias, desde que porém não hajam acréscimos ou supressões, nem modificação dos preços unitários convencionados.

O principal direito do contratante é o de receber o preço ajustado ou as prestações devidas pela Administração¹⁵. O descumprimento das obrigações é que dá ao particular ou à Administração o direito de denunciar o acordo contratual, pedir a rescisão com possível indenização por perdas e danos.

Com o recebimento *definitivo*, em qualquer oportunidade, esgotam-se os prazos combinados¹⁶. Exonera-se o co-contratante dos encargos, ficando extinto o contrato pelo alcance da sua finalidade, desfeitas as relações com o cumprimento total das obrigações.

A extinção do contrato, tanto pelo término do seu prazo como pela antecipação executória, é problema que na prática a doutrina não pode desconhecer. As conseqüências aqui provêm da execução, não da inexecução, tampouco da expiração do prazo de vigência.

321. CONSEQUÊNCIAS NEGATIVAS DA EXECUÇÃO

Todas as demais questões surgem na execução do descumprimento das obrigações, não necessariamente do acompanhamento da execução e do recebimento do seu objeto. São questões, como veremos nos próximos capítulos, de simples extinção ou renovação, rescisão ou anulação, intervenção ou caducidade¹⁷.

15. Em tese, "as obrigações da Administração se reduzem, geralmente, ao pagamento do preço ajustado, ao passo que as do particular contratante se expressam no cumprimento da prestação prometida" (v. Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo, 1978, p. 204).

16. "Recebimento *provisório* é o que se efetua em caráter experimental, dentro de um período determinado, para a verificação da perfeição do objeto do contrato que, para tanto, deverá ser submetido às provas ou testes necessários à comprovação de sua qualidade, resistência, operatividade e conformidade com o projeto e especificações" (v. Hely Lopes Meirelles, op. cit., p. 210).

17. "Caducidade é a extinção de um ato pela Administração em virtude do não-cumprimento grave e culpável da parte do particular das obrigações... É pois uma sanção, uma pena administrativa. A caducidade supõe que o ato que se extingue fundamentalmente concedia um direito, criando ao mesmo tempo certos deveres... Esta sanção extintiva se aplica principalmente em matéria de contratos administrativos: tipicamente dentro da concessão de serviços públicos e da concessão de uso do domínio público..." (v. Agustín A. Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1979, t. 3, p. XIII, 18-9).

Também fazem questões, quando equacionadas *in casu*, de responsabilidade administrativa. Afora o problema da caducidade que é todo peculiar, todos os demais constituem, nos contratos administrativos, colocações que convergem para o fato da boa ou má execução¹⁸, envolvendo *procedimentos* no plano geral do cumprimento das obrigações.

É, portanto, daqui para diante, a execução que está em jogo nas suas conseqüências negativas, os modos e os meios pelos quais um contrato legitimamente busca a sua finalidade, sobretudo o que possa depender, na execução, de medidas administrativas saudáveis corretivas ou punitivas.

Daí a importância dos prazos que dizem com a execução ou a duração dos contratos administrativos. Visando essa importância, não a normalidade das relações contratuais, mas a anormalidade no cumprimento das obrigações, tão chegadas ficam, relações e obrigações, que todas as controvérsias nelas encontram guarida.

No tocante às obrigações assumidas e não cumpridas, atingem frontalmente as relações, em alguns casos provocando o desfazimento do acordo, noutros, exigindo a intervenção da Administração; na maioria das hipóteses consagrando medidas que em nome do interesse público ainda atual protejam o contrato para o alcance da finalidade.

O marco jurídico, portanto, não acontecendo antecipação dos trabalhos contratuais que submetem a Administração ao cumprimento de suas obrigações, está nos prazos exatamente figurados para a execução da obra ou a prestação do serviço. Deles decorrem a atuação administrativa sanadora, corretiva ou punitiva.

Os prazos, em princípio, estabelecendo a duração dos contratos ou o tempo jurídico de vigência das relações e obrigações, constituem o fundamento fático e real a que se analisem os motivos da inexecução ou da má execução, dando a Administração poderes de controle suscetíveis de manter o acordo contratual ou não.

18. Miguel S. Marienhoff, *Caducidad y revocación de la concesión de servicios públicos*, Buenos Aires, 1947, p. 81-2.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: ACOMPANHAMENTO DA EXECUÇÃO

Sumário: 322. O controle do contrato. 323. A intervenção na execução. 324. Subordinação aos compromissos contratuais. 325. Efeitos da execução. 326. Os pressupostos nas fases executórias. 327. Consequências derivadas da execução. 328. A problemática nas concessões.

322. O CONTROLE DO CONTRATO

Posto um contrato administrativo sob a proteção do direito porque formalizado, uma tarefa da Administração consiste em acompanhar sua execução. Tal proceder, inserto entre os deveres administrativos, ativa-se pelo *controle* normal e pela *intervenção* quando assim requerer o interesse público.

Não pertencendo a direção da execução do contrato à Administração e sim à pessoa que recebeu a obra ou o serviço, o *controle* constitui em virtude das relações jurídicas uma consequência direta das obrigações convencionadas¹. Por intermédio dele torna-se permanente a tutela do interesse público, e, na extensão, da finalidade objetivada na contratação.

O *controle*, subjetivo por excelência, corresponde à *fiscalização*, possibilita, a qualquer tempo de duração do contrato, observar o andamento de obras ou serviços, sobretudo para preservar a normalidade no cumprimento das obrigações conferidas ao co-contratante².

Alcançando faculdade inerente à Administração de fiscalizar e tutelar o interesse público, o *controle*, como atividade compatível com o direito,

1. Mestres como André de Laubadère e Miguel S. Marienhoff conferem à Administração a direção da execução do contrato. Mais jurídica é a posição de Hely Lopes Meirelles, fundada na verdade da autonomia contratual. Ficamos com o mestre brasileiro em virtude da natureza dos acordos públicos e da ação responsável que devem desenvolver os co-contratantes.

2. "O acompanhamento da execução do contrato é direito e dever da Administração e nele se compreende a faculdade de fiscalizar, orientar, intervir e interditar..." (v. Hely Lopes Meirelles, *Licitação e contrato administrativo*, São Paulo, 1975, p. 232).

não liberta a Administração das obrigações que lhe cabem no contrato, mas oferece a ela condições concretas de assegurar a normal ou perfeita execução do acordo nos termos avençados.

323. A INTERVENÇÃO NA EXECUÇÃO

Do controle, em face da fiscalização, pode a Administração chegar à conveniência de intervir, efetivando-se a intervenção conforme a gravidade das infrações verificadas. A *intervenção*, por sua vez, pode produzir, além da extinção do pactuado, a sua anulação ou rescisão, situações essas que serão estudadas na devida oportunidade.

Evidente que o *controle* visa a normalidade da execução contratual apresentando virtudes preventivas, ao passo que a *intervenção* objetiva, reprimir irregularidades que, quando sanáveis e não substanciais, podem evitar soluções que, afetando as relações, produzam o desfazimento das obrigações³.

Na verdade, a intervenção, quando necessária, possui aspectos materiais, técnicos e financeiros ou legais, procurando saber se o co-contratante cumpre e se não porque não cumpriu os compromissos obrigacionais exatamente pactuados. A questão, na sua existência, é de verificação dos encargos ligados às obrigações e de relações vinculadas à execução.

O interesse público, de obra ou de serviços, que se compreende nos contratos administrativos, força a Administração a conceder poderes ao co-contratante, transferindo ao particular o exercício de atividades que não podem ficar livres diante de efeitos internos nos contratos e da finalidade comprometendo o *mutuus consensus*.

324. SUBORDINAÇÃO AOS COMPROMISSOS CONTRATUAIS

Na execução do contrato, entretanto, convém salientar, Administração e contratante particular encontram-se em situação jurídica de subordinação diante dos compromissos contratuais. Tal situação, porém, não exige as partes de cumprirem o ajustado, competindo a quem deve resguardar o interesse público, a faculdade de controle ou intervenção.

O controle, efetivado na fiscalização permanente, vem para assegurar “a perfeita execução do contrato, a exata correspondência dos trabalhos com o projeto, tanto nos seus aspectos técnicos quanto aos prazos de

3. Na falta de cumprimento das obrigações, lembra Miguel Angel Berçaitz a faculdade de aplicar sanções e a *exceptio non adimpleto contractus* (v. *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, 1952, p. 291).

realização” e que por isso mesmo “há de pautar-se pelas cláusulas do ajuste, pelas normas regulamentares do serviço e pelas obrigações” ⁴.

Com respeito à intervenção, antes dos procedimentos lembrados de extinção, anulação ou rescisão, considerada ela “uma providência extrema”, também se justifica “quando o contratante se revela incapaz de dar fiel desempenho ao avençado”, já que o ato de intervir no descumprimento de obrigações executórias “é medida administrativa auto-executável pela Administração” ⁵.

As prerrogativas da Administração nada dizem com a execução *normal* dos contratos, mas são conseqüentes da execução *anormal*, legitimando aqui a intervenção resultante do controle, uma vez que a execução contratual é pessoal do co-contratante e que só por força maior pode ele libertar-se de suas preventas obrigações ⁶.

Na execução de qualquer tipo de contrato na sua categoria, a regra básica será aquela do cumprimento das estipulações ajustadas, tendo em conta a finalidade do serviço ⁷. A intervenção, como ato unilateral, é que é sim uma prerrogativa da Administração nas hipóteses de execução *anormal* e em face do descumprimento das obrigações.

325. EFEITOS DA EXECUÇÃO

Consoante a natureza da obra ou serviço, somente pelo acompanhamento da execução é possível atender que as relações não se anormalizem e que as obrigações não se façam cumpríveis. Todas as implicações, nos contratos administrativos, decorrem necessariamente do comportamento das partes nos procedimentos executórios.

Pelo acompanhamento, sobretudo no sentido próprio de fiscalização, consomem-se direitos e deveres, a força maior e as sanções, avaliam-se os fatos inesperados, os eventos imprevisos que ocorrencionalmente impedem a normalidade da execução e prejudicam o equilíbrio econômico-financeiro do contrato ⁸.

O problema, portanto, como na prática se coloca, é de efeitos quanto à execução, não ficando, para exame do hermeneuta, apenas dar sentido

4. Hely Lopes Meirelles, op. cit., p. 233.

5. Hely Lopes Meirelles, op. cit., p. 235.

6. Julio A. Prat, Los actos y los contratos administrativos, in *Derecho administrativo*, Montevideo, 1978, t. 3, v. 2, p. 300.

7. Gaston Jèze, *Principios de derecho administrativo*, trad. esp., Buenos Aires, 1950, t. 4, p. 467.

8. Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1978, t. 3-A, p. 347-85.

jurídico às obrigações, mas conhecer os obstáculos que nas relações retardam ou não permitem o normal cumprimento esperado das estipulações convencionadas⁹.

Inclusive, na problemática da execução, embora o princípio geral e básico disponha ser o contrato lei entre partes, não se pode deixar de valorar os *efeitos* com respeito a terceiros, tal como devam ou possam ocorrer nas concessões de serviço, nas obras e nas áreas cedidas de domínio público¹⁰.

Considere-se, por essa razão essencial, em face da execução, as repercussões da finalidade contratual, criando situações que excedam as relações entre partes ou em que, pelo próprio conteúdo das obrigações, *terceiros* se vejam envolvidos. Duas hipóteses estas, *reais*, porque em certas categorias o serviço resulta de prestação aos administrados.

326. OS PRESSUPOSTOS NAS FASES EXECUTÓRIAS

Tomando um contrato devidamente formalizado e em execução, toda análise objetiva se destina a:

— conhecer, por virtude da finalidade, como se desenvolvem os trabalhos;

— conhecer, em face da prestação contratada, a quem interessam os serviços.

Os dois pressupostos fazem-se verdadeiros porque ambos, incidindo sobre as fases executórias, podem passar a depender da influência de “fatos novos que alteram a execução”¹¹. Aliás, tantas são as ocorrências possíveis que, somente pelo acompanhamento da execução e diante dos efeitos, podem os contratantes reavaliar condições e reaverificar a equação econômico-financeira.

Os riscos em direito contratual, que na prática confirmam a orientação doutrinária, têm no interesse público *atual* o melhor suporte jurídico, já que por intermédio do controle ou da intervenção fica a Administração capacitada para tomar soluções viabilizando a continuidade do acordo ou desfazendo-o nas relações originárias.

9. André de Laubadère, L'application aux contrats administratifs du principe de l'effet relatif des contrats, in *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris, 1956, t. 2, p. 86-7.

10. Miguel S. Marienhoff, op. cit., t. 3-A, p. 334-5.

11. J. Cretella Júnior, Contratos administrativos, Fatos novos que alteram a execução dos contratos administrativos, in *Tratado de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1967, v. 3, p. 53.

Todas as demais questões, conseqüentes da anormalidade da execução, abrigam-se na atividade de acompanhamento, a fim de que fatos insuperáveis, ficando definitivos, autorizem a Administração no seu poder de controle a aplicar sanções ou mesmo intervir para exercitar, conforme estejam as relações, poderes jurídicos pertinentes ¹².

Sem dúvida, o acompanhamento pela Administração tende a apontar a normalidade ou a anormalidade da execução, não sendo válidas aquelas posições que, apesar da *execução normal*, vinculam também o poder de decisão a razões de oportunidade ou conveniência administrativa, atingindo o contrato no que tem de estável no tocante às obrigações.

327. CONSEQUÊNCIAS DERIVADAS DA EXECUÇÃO

Considerando, porém, como motivação jurídica o interesse público, outras condições estranhas, que afetam a finalidade, não tão relevantes, isto é, as razões de oportunidade ou conveniência na inexistência de falta ou culpa do co-contratante, tornam todas as conseqüências derivadas do ato unilateral em ressarcimento ¹³.

O que se espera do acompanhamento da execução contratual é o controle *em princípio* de duas situações quando efetivamente caracterizadas:

— uma que embora real possibilite o afastamento dos obstáculos que dificultam a execução, aconselhando a revisão de preços e prazos como a alteração das obrigações;

— outra, resultante do desnaturamento do contrato por meio de operações faltosas ou culposas que, divergindo do pactuado, prejudicam a intenção comum das partes ¹⁴.

Vale ao hermeneuta, e é indispensável, no acompanhamento da execução, concluir antes da intervenção no contrato:

— se os fatos prejudiciais aconteceram independentes da vontade do co-contratante;

12. "O poder da Administração para rescindir apresenta duas modalidades: a) quando dito poder não está expressamente previsto no contrato; b) quando dito poder está previsto no contrato. Em ambos os casos a rescisão implica uma sanção, por *culpa* ou *falta* cometidas, senão ante a existência de *culpa* ou *falta* do co-contratante no cumprimento das obrigações" (v. Miguel S. Marienhoff, op. cit., t. 3-A, p. 404).

13. Miguel S. Marienhoff, op. cit., t. 3-A, p. 405.

14. "Já na interpretação, já na extinção dos contratos, sucede defrontarem-se a regra *pacta sunt servanda* e a regra *rebus sic stantibus* que, aparentemente incompatíveis, se harmonizam e completam" (v. J. Guimarães Menegale, *Direito administrativo e ciência da administração*, Rio de Janeiro, 1939, t. 2, p. 195).

— se os fatos que perturbaram a execução não poderiam ser previstos ou impedidos;

— se os fatos colocaram o co-contratante na impossibilidade absoluta de cumprir as obrigações.

A realidade, no regime dos contratos, conforme a categoria, tomada a obra ou o serviço pela maneira como se oferecem, faz das regras que se invocam nos casos de intervenção medidas que em momento algum do acompanhamento de execução a Administração possa abrir mão, em virtude do dever de policiamento administrativo.

328. A PROBLEMÁTICA NAS CONCESSÕES

Nas concessões, a extensão do contrato alcançando *terceiros*, o acompanhamento da execução, *lato sensu*, além de ficar subordinada às cláusulas contratuais, deve atender problemas próprios de organização e funcionamento, senão também os direitos nascidos em favor dos usuários do serviço ¹⁵.

Juridicamente, nas concessões de serviço público, os efeitos do contrato produzem resultados obrigacionais a cargo do co-contratante concessionário, mas que se projetam em benefício de terceiros que pagam e usam o serviço. A eficiência e continuidade da prestação sensibilizam a Administração no acompanhamento da execução.

De um modo geral, o controle ou a intervenção, quando necessários, podem ser de caráter técnico ou de ordem financeira, como podem consistir na simples fiscalização da execução do contrato ou funcionamento do serviço. Tal prerrogativa assiste à Administração em caráter de defesa do interesse público.

Quanto à intervenção do acompanhamento da execução dos contratos de concessão pode-se verificar:

— visando averiguar as condições operacionais conforme o acordo realizado;

— durante a exploração, *in tempore*, do serviço concedido ¹⁶.

15. André de Laubadère, op. cit., t. 2, p. 94-5. Consultar, em virtude de lúcida posição: Celso Antonio Bandeira de Mello, Os direitos dos usuários, in *Prestação de serviços e administração indireta*, São Paulo, 1979, p. 48.

16. "Pode-se reconhecer que os efeitos de ordem material do descumprimento das cláusulas contratuais nas concessões de serviço público serão mais graves, mais sensíveis, mais repercutivos que na hipótese de convenções entre particulares, por afetarem os interesses da coletividade. Por conseguinte, tão obrigada é a Administração quanto o concessionário, no que toca à exação das prestações convencionadas" (v. J. Guimarães Menegale, op. cit., t. 2, p. 287).

Em se tratando de concessões de serviço público, quando a falta não é da Administração e na maioria das vezes não pode ser, a exceção de contrato não cumprido com respeito a terceiros constitui flagrantemente inadimplência do particular contratante. Aqui, o controle do contrato é poder inerente ao concedente que dele não pode dispensar, muito embora não venha contido em cláusula expressa ¹⁷.

Acompanhar a execução é, pois, fazer cumprir o contrato na sua finalidade, dentro dos seus prazos e condições estipuladas. E *fazer cumprir* o contrato é dar-lhe, enquanto perdura no tempo jurídico, possibilidades que não abriguem, de parte da Administração, a aplicação de medidas corretivas ou punitivas. *Medidas* que, quando impostas, em face das obrigações, alterem ou extingam relações.

17. Consultar: André Flamme, *Les marchés de la administration*, Paris, 1965, p. 91.

MEDIDAS CORRETIVAS: PRORROGAÇÃO, RENOVAÇÃO OU REVOGAÇÃO

Sumário: 329. Avaliação jurídica do contrato. 330. Prorrogação e renovação. 331. Prerrogativa para prorrogar. 332. Prerrogativa para revogar. 333. A possibilidade ou a impossibilidade contratual. 334. Prerrogativa para renovar. 335. Pressupostos contidos na revogação. 336. Termos aditivos.

329. AVALIAÇÃO JURÍDICA DO CONTRATO

O interesse público, vinculado à necessidade da obra ou serviço, em razão direta do acompanhamento da execução do contrato administrativo, oferece à Administração poderes ou prerrogativas para *intervir*, prorrogando ou renovando os acordos realizados por livre consenso entre as partes e já possuídos de efetivas relações.

Não obstante as relações se façam jurídicas, nas obrigações é que assentam as premissas da prorrogação ou da renovação das contratações públicas. São as obrigações não cumpridas ou impossíveis de se cumprir que ficam em exame, a fim de que a Administração possa, ainda motivada pelo interesse público, manter a estabilidade contratual.

Todavia, a intervenção não só depende da gravidade das faltas cometidas, como também da capacidade do co-contratante para novamente pactuar obrigações. Analisada a execução, resta saber se a inexecução ou o descumprimento resultam de fatores adversos ou se os fatores levantados não bastam para recredenciar o particular¹.

O que se avalia, pois, é o próprio contrato nos *modos* de execução, diante das consequências da inexecução, do equilíbrio na equação econômico-financeira, por motivo de fatos comprovantes de força maior, considerando-se na avaliação o regime em face da imprevisão, as variações naturais e a responsabilidade dos contraentes.

1. O importante, nesta passagem, chama-se considerar a *causa* dos contratos, a causa da obrigação que se estabelece, posto que a *causa*, na opinião do clássico Recaredo F. de Velasco, vale tanto como razão ou motivo, "como princípio que, em seu desenvolvimento, acaba por cristalizar-se num efeito determinado" (v. *Los contratos administrativos*, Madrid, 1927, p. 97).

Se de um lado a Administração responde pelo acompanhamento da execução, de outro o co-contratante responde pelo cumprimento das obrigações. Nas duas hipóteses, na ocorrência de eventos estranhos ou não, cabe decidir sobre a conveniência ou não da manutenção do avençado, tendo em conta principalmente o perecimento da finalidade.

330. PRORROGAÇÃO E RENOVAÇÃO

Em princípio, reconhecidas as condições materiais e a viabilidade da manutenção do acordo convencionado, não há dúvida que a Administração, exercendo uma atividade racionalizadora ou de economia nos procedimentos administrativos, possa consentir na prorrogação ou renovação das contratações públicas.

Na verdade, das relações, o que se espera nos contratos pendentes de execução nada mais é que o reajuste das obrigações: a *prorrogação* estendendo prazos ou o tempo jurídico do ajuste, a *renovação* alterando cláusulas conforme a natureza do serviço ou o interesse público ainda atual².

Não há nenhuma contradição, senão aparente, que a Administração, fiscalizando a execução, continuando submetida ao império do interesse público, intervenha para normalizar situações anormais e para possibilitar que o acordo por meio de instrumentos compatíveis seja mantido e tenha prosseguimento.

Constitui, portanto, uma prerrogativa característica da Administração saber controlar ou intervir no contrato, prorrogando-o ou renovando-o, tendo em vista a permanência da finalidade e natureza recíproca dos encargos na execução das obrigações contraídas.

331. PRERROGATIVA PARA PRORROGAR

A prorrogação, uma vez recomendada pelo interesse público, constitui extensão programada da vigência do contrato além do prazo inicialmente fixado, “com o mesmo contraente e nas mesmas condições anteriores”³. Pode ser prevista no edital ou não, pois decorre de situações de provada impossibilidade na execução convencionada.

2. Em nome do interesse público dominante, havendo um contrato formalizado e em execução, já que “se existe laço contratual a sujeição não pode ser total nem incondicional”, torna-se evidente que a preocupação reside na obtenção da finalidade, distante porém de “atividade requisitada por imposição autoritária” (v. Marcello Caetano, *Princípios fundamentais de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1977, p. 226).

3. Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo, 1978, p. 214.

Não se trata, no tocante à prorrogação, de prevenir a inadimplência do contrato ou a inexecução culposa, mas de admitir a inexecução sem culpa diante de concretas causas justificadoras do descumprimento das obrigações. O que importa é a idoneidade do co-contratante e não a omissão resultante de fatos estranhos perturbando as relações.

Não haverá prorrogação, procedendo o desfazimento do contrato, quando assim diga o interesse público, a lei, motivos insertos nas cláusulas e a vontade ulterior das partes⁴. O problema, em si mesmo, permanecendo o interesse público, passa a depender, no acordo concluído, da livre manifestação das partes contratantes.

Não incidindo valores de convencimento, indispensáveis à manutenção do contrato, as implicações na execução conduzem a Administração a outras medidas, a exemplo da anulação ou da rescisão⁵. Os institutos se distinguem precisamente nos sistemas jurídicos pela permanência do acordo ou pela extinção das relações contratuais.

A prerrogativa, entretanto, é da Administração, que pode ou não prorrogar a execução nos termos anteriormente estipulados. Ao particular compete provocar a prorrogação, aceitar ou não as condições antes avençadas, propor critérios para tornar viável a finalidade contratual. Do contrário, o contrato se desfaz com todas as consequências jurídicas.

332. PRERROGATIVA PARA REVOGAR

A prerrogativa para prorrogar, pois, é uma faculdade-direito inerente à Administração, exercitável ao início ou no curso da execução, ficando a Administração com o privilégio da decisão e o privilégio, *querendo* ou *podendo*, da execução direta. Na hipótese, não parecendo possível a prorrogação, sobra a figura da revogação.

Na prática, a revogação surge da impossibilidade de prorrogar o contrato, ou seja, de fatos imputáveis ao co-contratante ou por razões justificadas de oportunidade ou conveniência. É a revogação o instrumento próprio, na inexecução sem culpa, para deixar sem efeito relações e obrigações⁶.

4. "Similarmente ao ato administrativo, o contrato administrativo deve conformar-se com a lei e ao interesse público; entretanto, em razão da formação da *vontade contratual* haverá uma terceira referência — o próprio contrato — e uma quarta referência — a vontade das partes posterior à formação do vínculo" (v. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1974, p. 151).

5. Neste livro, 10.^a parte, Cap. XLIV.

6. A doutrina, neste ponto, nem sempre é pacífica, principalmente quando fala de revogação por razões de legalidade. Na *ilegalidade*, a questão é de anulação, não de revogação. Anula-se ou revoga-se um contrato maculado de vícios,

Improcedendo a prorrogação com o contrato preexistindo formalmente na sua eficácia, mesmo que o co-contratante tenha dado início à execução, não havendo entendimento entre as partes, nem vontade manifesta da Administração, a impossibilidade prorrogatória conduz à possibilidade revogatória.

Entenda-se que, na prorrogação, em face de ficarem mantidas condições anteriores, a revogação tem origem nos contratos considerados inexecutíveis para o contratante particular, quando sabedor nos termos pactuados não ser possível manter o equilíbrio econômico-financeiro ⁷.

Revoga-se, portanto, um contrato, em todos os casos de prorrogação impossível, carecendo o co-contratante do direito de reclamar direitos ou interesses de qualquer natureza. Revogou-se porque, no interesse público, ou no interesse das partes, as condições não puderam ser alteradas.

333. A POSSIBILIDADE OU A IMPOSSIBILIDADE CONTRATUAL

No estudo dos contratos concluídos, devidamente formalizados em começo de execução ou adiantados na perseguição dos efeitos, tanto nas hipóteses possíveis de prorrogação ou de renovação, não cabe à Administração, em nome do interesse público:

— deixar de usar do poder de controle e fiscalização para a tomada de medidas adequadas que alteram obrigações assumidas;

— deixar *ex contractu* de avaliar decisões sanadoras que estendam, extingam ou renovem obrigações.

A chave do problema, quando o problema existe, está em investigar, no tocante às relações jurídicas, a possibilidade ou a impossibilidade do cumprimento das obrigações, a fim de que os efeitos se prolonguem, cessem ou tenham novas projeções, conforme seja a prorrogação, a revogação ou a renovação contratual.

Todavia, as colocações, na prática, não deixam de considerar os direitos do co-contratante, sobretudo nas hipóteses aventadas de provado erro de fato com respeito ao equilíbrio econômico-financeiro ⁸. *In casu*,

não um contrato perfeito nos elementos constitutivos. A prorrogação, a anulação e a renovação definem-se pelo que objetivam. Assim também a atividade de anulação.

7. Na hipótese de o contratante particular, após provocar prorrogação não deferida, querer manter o contrato nas condições pactuadas, os riscos ficam por conta da Administração, restando a ela, no interesse público, introduzir as modificações que julgar necessárias, alterando inclusive as prestações.

8. “Como em todo contrato, o co-contratante, no contrato administrativo, deve suportar, a seu próprio custo e risco, a *álea normal* de toda negociação, não a *álea anormal*, cujas consequências devem ser ressarcidas ou atenuadas” (v. Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1978, t. 3-A, p. 470).

tanto a prorrogação como a renovação partem de pressupostos factuais a serem examinados para não comprometer a Administração.

Para não envolver responsabilidade na prorrogação, na revogação ou na renovação, tomadas na essência como medidas corretivas aplicáveis, sabemos que a atuação atinge direitos ressarcitórios, já que a contratação existe e o fundamento jurídico positivo dela constitui verdadeira limitação às potestades administrativas.

334. PRERROGATIVA PARA RENOVAR

A renovação, por sua vez, “é a inovação no todo ou em parte do ajuste”, mantida a finalidade do serviço público⁹. Compete à Administração, por razão do interesse administrativo, decidir pela recontração, observando:

— a necessidade de proteger a continuidade do serviço prestado com a exação;

— a necessidade de alterar o contrato original para possibilitar a boa execução até final.

Na realidade, “o contrato administrativo mantém sua inflexibilidade, enquanto o serviço público não exija que se modifique”¹⁰. Nada impede que, mantidos os vínculos e o consenso, rearticulem-se as obrigações no sentido de renovar as relações consoante a mesma finalidade contratual.

No tocante à prorrogação, condições e cláusulas não se alteram, isto é, fica integralmente preservado o contrato primitivo. Com respeito à renovação vale como um novo acordo, deixando o anterior de vigir *menos* na finalidade. Em qualquer hipótese fica o serviço como o suporte da relação jurídica.

O importante, na renovação, é que as obrigações subsistem, como também subsistem a finalidade do serviço e os modos de prestação ou execução. Não é o *prazo final* que está em jogo no exemplo prorrogação, mas *atos* que autorizem modificações previstas ou não no contrato original.

As questões na *renovação* contratual, aplicáveis aos contratos administrativos, fundamentam-se na motivação. Na *prorrogação*, têm sede na execução contratada. Na *revogação*, decorrem da impossibilidade executória. Os aspectos, embora diferenciados, dizem com as contratações onde o interesse público se faça dominante.

9. Hely Lopes Meirelles, op. cit., p. 210.

10. Recaredo F. de Velasco, op. cit., p. 151.

335. PRESSUPOSTOS CONTIDOS NA REVOGAÇÃO

A revogação, mais corrente na prática e melhor apreciada pela doutrina, no geral, “constitui um meio de extinção do contrato”, podendo suceder “por razões de oportunidade, mérito ou conveniência, ou por razões de ilegitimidade” ¹¹, fatores estes que impossibilitam a plena realização contratual.

Acontece que, sobretudo na revogação, mesmo considerada uma medida corretiva, quando adotada no caráter de sanção “coercitiva ou resolutória”, pode representar motivo de atuação excessiva provocando reparação dos prováveis prejuízos produzidos ¹². Tal não se dá na prorrogação ou na renovação em virtude de dependerem da Administração, do consenso e da aceitação pelas partes.

Releva conhecer, no tocante à posição das partes, “que a presunção de legitimidade do ato revogatório deve enfrentar a presunção de legitimidade do contrato” ¹³. Via de regra jurídica, surgindo danos concretos, fica a Administração responsável conforme relações e obrigações pactuadas.

Quando a revogação, embora medida corretiva, vem por razões de legalidade, “produz efeitos iguais aos da anulação, isto é, desde a origem do contrato, como se este não tivesse existido nunca”. Na hipótese, porém, de oportunidade ou conveniência, consagra-se incompatibilidade “entre a execução do contrato e as necessidades públicas” ¹⁴.

Destaque-se, entretanto, a revogação por razões de moralidade, “desde o momento em que se declare”, salvo “os vícios sejam de tal magnitude e gravidade que possam equiparar-se à revogação por razões de legalidade”, deixando o contrato como se não tivesse tido existência jurídica ¹⁵.

Conhecidas as medidas corretivas, temos à nossa frente as medidas *extintivas* da anulação ou da rescisão, *medidas* que dão finalização aos contratos administrativos nos efeitos, embora tenham vigência certa conforme a natureza do acordo e as estipulações dispostas em cláusulas relacionais e obrigacionais irrenunciáveis.

11. Miguel S. Marienhoff, op. cit., t. 3-A, p. 560.

12. André de Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris, 1956, t. 2, p. 142-3.

13. Miguel Angel Berçaitz, *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, 1952, p. 355.

14. Miguel Angel Berçaitz, op. cit., p. 356-8.

15. Miguel Angel Berçaitz, op. cit., *Régimen de revocación por razones de moralidad — quod nullum est, nullum producit effectum*, p. 363-4. Consultar: Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, O ato administrativo no contrato com a Administração, A moralidade legal no ato-contrato administrativo, in *O controle da moralidade administrativa*, São Paulo, 1974, p. 123-37.

336. TERMOS ADITIVOS

Antes porém de passar ao capítulo que trata das medidas extintivas do contrato (rescisão ou anulação), convém à doutrina conhecer no contrato formalizado e em prestação ou execução, situações ocorrentes materiais “não cogitadas pelas partes” no momento da celebração, ou seja, ocorrências excepcionais, “dificultando ou onerando o prosseguimento e a conclusão dos trabalhos” ¹⁶.

Apontadas situações, imprevistas pela própria natureza, não decorrendo de caso fortuito, força maior, fato do príncipe ou fato da Administração, quando acontecem podem prejudicar a execução ou a prestação, embora não impeçam ajustes novos que venham a suprir dificuldades nas relações e no cumprimento das obrigações.

Aos costumes, não atingida a intenção das partes quanto à finalidade, mantido o contrato na substancialidade, nada impede que diante de ocorrências imprevistas, a fim de afastar circunstâncias onerosas prejudiciais à manutenção do acordo, renovem-se as cláusulas por meio de *termos aditivos* capazes de, na motivação, manter o interesse público considerado atual.

Contudo, por motivo das relações e obrigações contratuais assumidas, é preciso que o acordo aditivo não desfigure a natureza e o caráter da contratação, criando soluções que desaguem em favores maiores que os constantes do avençado, com isso levando a Administração à prática de excessos ou desvios não permitidos.

O *termo aditivo*, num determinado contrato, vem apenas para tornar exequíveis as cláusulas convencionadas, não para estender deveres ou direitos, não para constituir nova contratação, podendo assim inovar ou renovar posições relacionais, nunca porém alterar o exatamente pactuado fora dos limites da finalidade da obra ou do serviço ¹⁷.

Lei entre as partes, um contrato administrativo não busca a inexecução ou a má prestação, sobretudo quando possa estar em jogo o equilíbrio

16. “Interferências imprevistas (*sujétions imprévues*, dos franceses; *changed conditions*, dos norte-americanos) são ocorrências materiais não cogitadas pelas partes na celebração do contrato, mas que surgem na sua execução de modo surpreendente e excepcional, dificultando e onerando extraordinariamente o prosseguimento e a conclusão dos trabalhos. Além disso, as interferências imprevistas não são impeditivas da execução do contrato, mas sim criadoras de maiores dificuldades e onerosidades para a conclusão dos trabalhos, o que enseja a adequação dos preços e dos prazos à nova realidade encontrada *in loco*” (v. Hely Lopes Meirelles, op. cit., p. 224).

17. Um exemplo que vale: num contrato de transportes coletivos, onde as linhas a explorar estão devidamente fixadas, outras não se podem autorizar ou conceder. O contrato há de ser novo e vir da licitação, a não ser que se trate de *extensão* das mesmas linhas. Verifica-se excesso de poder, para não dizer ilegalidade, a concessão, em contrato formalizado, de linhas que não constaram do chamamento concorrencial. Ferida a finalidade do ajustado, atingido o contrato nas relações, consuma-se a ilegitimidade pela existência da livre discricionariedade.

econômico-financeiro. Daí porque um termo aditivo, sem tocar nas relações e obrigações, pode inovar valores na composição dos preços e adequação dos prazos.

Todavia, fica ajurídico, distante do interesse público atual, outro acordo sobre o velho acordo, ampliando direitos ou aumentando privilégios, dando a mais do que foi oferecido na concorrência e com a adjudicação, reajustando situações *intuitu personae* que estão a exigir outra competição licitatória.

Tomado um contrato administrativo, em execução ou em prestação, concordes as partes no tocante à ingerência de ocorrências imprevistas, qualquer termo que se tenha como *aditivo* só diz respeito às cláusulas regulamentares ou de serviço, avaliáveis no acordo mediante dois critérios: um deflagrado interesse público, outro de manutenção integral do convencional.

MEDIDAS EXTINTIVAS DO CONTRATO: RESCISÃO E ANULAÇÃO

Sumário: 337. Direito de rescisão. 338. Extinção prematura do contrato. 339. Faculdades transformadas em direitos. 340. Rescisão em favor do co-contratante. 341. Casos específicos de rescisão. 342. Rescisão nas concessões. 343. Maneiras de rescisão contratual. 344. Rescisão e anulação.

337. DIREITO DE RESCISÃO

Não considerando, por dispensável, a extinção dos contratos administrativos pelo seu normal cumprimento, duas maneiras jurídicas extintivas fazem presença na problemática conforme a execução e os devidos procedimentos executórios:

- a da rescisão contratual;
- a da anulação do contrato.

Na primeira hipótese, mais aberta ao entendimento, a rescisão pode se dar por mútuo acordo que deixa o contrato sem eficácia pela vontade de ambas as partes. Na segunda, caracteriza-se a intervenção da Administração, procurando nulificar relações e as conseqüentes obrigações¹.

1. Não se confundam as duas figuras com a da *revogação*, pois pelo ato revogatório a extinção surge de fatores que impossibilitam a plena realização contratual, ao passo que, na anulação ou rescisão, o ato procede da má execução, do descumprimento das obrigações ou mesmo da demora no atendimento do interesse público. As diferenças, bastante sensíveis, são factuais. A revogação depende, sem dúvida, da discricionariedade administrativa em face do controle do contrato. A anulação, de *atos graves* na execução. A rescisão, de fatos graves ou do recíproco entendimento dos contratantes. Podendo, embora não seja uma regra geral, a Administração alterar cláusulas, também pode, em parte, revogar algumas estipulações, deixando o contrato *vigir*. O ato ou o efeito de revogar, nos contratos administrativos, conduz ao exame do contrato para saber se é o mesmo revogável, ou se quem revoga pode revogar. Por essa razão, não há uma dependência conceitual entre revogação e anulação. A revogação desfaz o contrato, principalmente por motivos de mérito. A anulação desfaz o contrato, por motivos de ilegalidade na execução. A revogação, por sua vez, é privativa do poder administrativo. A anulação, entretanto, pode emanar da Administração ou de outro poder na ordem constitucional capaz para tanto. Nas hipóteses, convém lembrar a possibilidade da assinatura de *termos adi-tivos* antes estudados (neste livro, Cap. XLIII, § 336).

Todavia, com respeito à rescisão, desdobra-se pelas duas premissas jurídicas que vulneram as relações:

- do direito de rescisão por parte da Administração;
- do direito de rescisão por parte do particular.

Colocado o problema no seu objetivo equacionamento jurídico, a rescisão apresenta aspectos qualificados por si mesmos nas contratações administrativas, distinguindo-se da anulação porque esta depende de ato declaratório de invalidade do contrato. A rescisão é sempre uma operação *atual*, ao passo que a anulação uma operação *retroativa*.

Na rescisão, as relações ficam desfeitas, depois de denunciadas. Na anulação, não só se desfazem as relações, mas também as obrigações originárias. O ato de anulação, como veremos, opera *ex tunc*, voltando ao contrato no momento da formalização. A rescisão, entretanto, alcança projeções diante de causas que a justifiquem.

338. EXTINÇÃO PREMATURA DO CONTRATO

A rescisão, entre as atividades de controle da Administração, é o único instrumento nas contratações públicas adequado a dar num *mesmo ato* por findas as relações e obrigações ao mesmo tempo e a qualquer momento da execução contratual, seja a medida tomada pelas partes ou a nível de proteção jurisdicional ².

Um *distrato*, na consensualidade, desconstitui o acordo ³. Intervém diretamente na execução paralisando-a:

- pelo rompimento das relações;
- pela cessação das obrigações.

Rompidas as relações e cessadas as obrigações, desaparecem instantaneamente os efeitos jurídicos. Chamada de “extinção prematura do contrato”, produz consequências definitivas conforme a natureza do dissenso, a posição das partes e o que ficou até o momento realizado ⁴.

2. Rescisão “é o desfazimento provocado pelo descumprimento de obrigação assumida. Se o descumprimento for da Administração, a rescisão deverá ser decretada pelo Judiciário. Se mais de uma parte for pessoa jurídica de Direito Público, a figura se assimilará à *denúncia*. Se o inadimplente for o administrado, a Administração poderá impor a rescisão executoriamente” (v. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1974, p. 154).

3. O *distrato*, também denominado *rescisão consensual*, é a expressão formal do dissenso desconstitutivo” (v. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *op. cit.*, p. 154).

4. A rescisão “é a extinção prematura do contrato em razão de inadimplemento de suas cláusulas. Resulta, remotamente, da própria lei, mas será nas disposições contratuais que os casos de rescisão terão específica previsão. Relativamente ao

Entretanto, em face do interesse público, o serviço pode ou não permanecer no seu caráter de utilidade ou necessidade.

339. FACULDADES TRANSFORMADAS EM DIREITOS

A doutrina, ao reconhecer, a favor da Administração, *faculdades* que se transformam em *direitos*, permitindo-lhe intervir na execução ou prestação de serviços, busca fundamentos realísticos no direito *inalienável* da Administração: “modificar a orgânica e o funcionamento dos serviços públicos”, pois não faz sentido que esta fosse forçada a manter “um serviço reconhecido inútil ou a prover-se de coisas ou serviços que se tivessem tornado dispensáveis”.

Tal direito apresenta-se, por conseguinte, como *irrenunciável*, ainda que do seu exercício derive a obrigação de indenizar, já que, pondo-se termo ao contrato, “há a ter em conta os casos em que o direito de rescisão surge condicionado por certos atos do contratante, revestindo mesmo por vezes as características de penalidade”⁵.

Pondere-se, *in casu*, a questão do resgate das concessões e a conhecida teoria das penalidades que, figurando situações circunstanciais, conduzem a Administração a promover medidas unilaterais e inclusive não contratuais, “em virtude do seu poder discricionário de apreciação do interesse geral”⁶.

Não esquecendo aqui de avaliar, na aplicação das medidas extintivas rescisórias em favor da Administração, a observância dos prazos fixados determinativamente, a falência ou a morte do co-contratante, cláusulas gerais que constituem princípios básicos de normal e forçada execução ou prestação.

340. RESCISÃO EM FAVOR DO CO-CONTRATANTE

Colocado o problema objetivamente de parte do particular contratante, existem para a melhor doutrina as hipóteses seguintes:

— “alterações ao contrato impostas pela Administração, que excedam certos limites, não tendo em tal caso direito à indenização”;

termo *rescisão* observe-se que também é empregado para designar o *dissenso*, isto é, o desfazimento por acordo mútuo” (v. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, op. cit., p. 152).

5. João de Melo Machado, *Teoria jurídica do contrato administrativo*, Coimbra, 1936, p. 197.

6. Gaston Jèze, *Théorie générale des contrats de l'administration*, Rachat de la concession de service public, Rachat non contractuel et rachat contractuel, in *Les principes généraux du droit administratif*, Paris, 1936, t. 3, p. 1205.

— “não-cumprimento por parte da Administração, traduzido em ordem de suspensão dos trabalhos”;

— “estabilização de situação perturbadora do equilíbrio contratual, reconhecida como imprevisível”⁷.

Ressalte-se, nas hipóteses apontadas, limitações que, no próprio Direito Público, sofre a Administração em matéria contratual. Excepcionais, porém, nas concessões, quando causas surpreendem advindas de circunstâncias negativas ou prejudiciais ao serviço explorado, provocando a ineficiência ou o mau funcionamento.

Entretanto, somente de situações concretas é possível avaliar os casos que justificam a rescisão⁸. As condições em que a atividade administrativa de intervenção no contrato fica legitimada, principalmente quando, não previstas expressamente, levam a Administração a suspender a execução ou a prestação do serviço.

341. CASOS ESPECÍFICOS DE RESCISÃO

Fazem à primeira vista *casos* de rescisão facilmente verificáveis:

— o mútuo dissenso, porque também os contratos administrativos podem rescindir-se pela vontade conjunta das partes;

— a morte ou falência do contratante particular, exigindo renovação contratual em face da realização *intuitu personae*;

— as diferenças provadas entre as previsões técnicas e as modificações impostas depois do contrato em execução;

— a impossibilidade de dar início a obra ou serviço nos prazos fixados e logo após a formalização das obrigações;

— o fato inesperado que venha provocar a suspensão de obras ou serviços com prejuízo da equação econômico-financeira;

— o motivo de não-execução decorrente do descumprimento pelas partes das consensuais obrigações assumidas.

Nas concessões, há uma outra exceção, aquela que corresponde à caducidade⁹. Caducam aquelas quando motivadas pelo transcurso do tempo jurídico ou má prestação do serviço, por descontinuidade ou falta de eficiência do concessionário. A caducidade na exaustão do tempo

7. João de Melo Machado, *op. cit.*, p. 197-8.

8. Recaredo F. de Velasco, *Los contratos administrativos*, Madrid, 1927, p. 200-5.

9. Recaredo F. de Velasco, *op. cit.*, p. 202-3.

jurídico é *normal*; será *anormal* se declarada antes do término legal do que foi concedido.

Evidente que, nas relações jurídicas, outros casos podem surgir recomendando alterações nas obrigações ou a rescisão contratual. Como as questões rescisórias constituem antes de tudo medidas extintivas do acordo, ganham para o hermenauta importância que dimensiona-se nos *direitos* até o momento da edição do ato declaratório da extinção.

342. RESCISÃO NAS CONCESSÕES

É preciso entender, nos contratos administrativos, dando-lhes estabilidade enquanto vigentes, a existência de uma relação jurídica ou *relação de administração* caracterizando uma *finalidade*, razão de ser do próprio vínculo jurídico¹⁰. Portanto, na rescisão, o que de imediato se extingue são precisamente as relações.

Extintas as relações, conseqüentemente desaparecem as obrigações, restando para as partes os direitos assegurados e que ficam em avaliação, para efeito do levantamento do que ficou cumprido e do que ficou devido. Aliás, o vínculo até então existente diz tão-somente com a *finalidade*, motivo bastante da contratação.

Na rescisão das concessões, por isso, as implicações são de muito maior vulto, porque inclusive no *mutuus dissensus* permanece a posição dos usuários do serviço, de *serviços* que embora rescindidos não podem deixar de ser prestados no sentido pelo menos da indispensável continuidade¹¹.

Verifica-se, assim, com respeito ao ato de rescisão, uma larga distância entre as concessões e os demais contratos administrativos, já que na maioria delas os interesses, embora possam ser comuns, *diferem* nas colocações subjetivas¹².

A rescisão nas concessões, considerando os aspectos concretos de interesse público, pode ocorrer como resultado de fatos supervenientes ou decorrer de conseqüências que injustifiquem o prosseguimento do serviço, operando nas hipóteses como inevitável extinção prematura do contrato.

10. Ruy Cirne Lima, *Sistema de direito administrativo brasileiro*, Porto Alegre, 1953, v. 1, p. 25-6.

11. Mario Gallo, *Estinzione della concessione*, in *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, Padova, 1936, p. 188-92.

12. "O que se observa, portanto, é a existência, no direito positivo, duma categoria de relações patrimoniais entre o Estado e a de administração, tendo a sua fonte num acordo, e analisando-se numa situação, nem tão rígida como a que resulta dos contratos civis, nem tão livremente modificável como as situações objetivas" (v. João de Melo Machado, op. cit., p. 243).

343. MANEIRAS DE RESCISÃO CONTRATUAL

Estendendo, porém, o instituto da rescisão a todos os contratos administrativos, na prática assume maneiras harmônicas diante do exato conhecimento jurídico, a saber:

— a rescisão *administrativa*, por intermédio de ato unilateral da Administração;

— a rescisão *amigável*, consoante acordo formal firmado entre as partes;

— a rescisão *judicial*, resultante de decisão originada do Poder Judiciário;

— a rescisão de *direito*, cessando no tempo a execução ou a prestação do serviço ¹³.

No geral, fazem maneiras jurídicas particulares, de desconstituição ou desfazimento do contrato. Na *administrativa*, pelo interesse público figurado, denuncia-se a inadimplência do co-contratante. Na *amigável*, pouco influindo o interesse público, acertam-se as obrigações por mútuo entendimento das partes.

Falando da *judicial*, mais complexa nos pressupostos, o problema na relação é de litígio, levando em conta quem pode requerer a extinção das obrigações ou pleitear a extinção do contrato. Dá possibilidade à Administração e ao particular, tudo conforme nas relações com as obrigações assumidas e não cumpridas, visando basicamente a parte inadimplente.

A última maneira, normal e natural nas contratações, a de *direito*, é uma questão de tempo jurídico, de término da obra ou serviço, prevista no acordo ou decorrente do acabamento das relações pela incidência de fatos que dissolvam as obrigações por virtude de falência ou morte do co-contratante ¹⁴.

Não obstante, outras maneiras são prováveis de acontecer, a exemplo da rescisão por motivo de força maior ou caso fortuito ¹⁵. Os fatos insuperáveis ou não previsíveis podem também dar fim aos contratos, impondo a rescisão e dispensando os contratantes das obrigações contraídas.

13. Hely Lopes Meirelles, *Licitação e contrato administrativo*, São Paulo, 1975, p. 253-71.

14. Na rescisão, também chamada de *pleno direito*, "a Administração não tem opção alguma: ocorrido o fato ou ato previsto como extintivo do contrato, o ajuste fica automaticamente rescindido, cumprindo tão-somente às partes paralisar a sua execução e liquidar as contas contratuais como de direito" (v. Hely Lopes Meirelles, op. cit., p. 271).

15. Julio A. Prat, Los actos y los contratos administrativos, in *Derecho administrativo*, Montevideo, 1978, v. 2, t. 3, p. 321.

344. RESCISÃO E ANULAÇÃO

A exigência jurídica de que os contratos venham legais na origem e na formalização é outra medida peculiar de caráter extintivo, permissiva da anulação¹⁶. Entre a rescisão e a anulação só há um ponto de identidade, o de que ambas as figuras constituem formas de extinção dos contratos administrativos.

Pode a anulação, nos seus efeitos, assemelhar-se à revogação, pois o que pretende atingir, quando adotada qualificativamente, é também a extinção do contrato¹⁷. A questão, apenas terminológica, não desnatura o ato declaratório extintivo no seu conteúdo e possível eficácia jurídica.

Quanto à anulação é decisão exclusiva da Administração, conquanto que a rescisão também constitui uma prerrogativa do co-contratante¹⁸. A anulabilidade pode vir de vícios contidos no acordo público como advir da inobservância ou violação dos princípios de igualdade, publicidade ou irregularidades na eleição do particular.

Ao declarar a nulidade da sua participação no acordo, a Administração não se ativa livre de responsabilização. A anulação, *in casu*, envolvendo as partes, pode surpreender da formação do contrato na sua estru-

16. "A extinção do contrato pela *anulação* é também forma excepcional e só pode ser declarada quando se verificar ilegalidade na sua formalização ou em cláusula essencial. Assim, tem-se considerado nulo o contrato realizado sem concorrência, quando a lei a exige, ou mediante concorrência fraudada no seu procedimento ou julgamento, ou, ainda, quando o ajuste contraria normas legais em pontos fundamentais de seu conteúdo negocial. O contrato administrativo *nulo* não gera direitos e obrigações entre as partes porque a nulidade original impede a formação de qualquer vínculo eficaz entre os contratantes, só subsistindo suas consequências em relação a terceiros de boa fé" (v. Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo, 1978, p. 212).

17. No entender do mestre Hely Lopes Meirelles "inexiste revogação de contrato, porque o instituto é privativo dos atos unilaterais", já que "os mesmos motivos que ensejam a revogação dos atos administrativos podem autorizar a extinção do contrato, o que se faz através da rescisão unilateral ou administrativa, com a composição dos prejuízos suportados pelo contratante" (op. cit., p. 213). No entanto, é de apreciar o instituto nos contratos administrativos, diante da possibilidade da revogação do ato que leva ao contrato. Ademais, pode acontecer, e não é de estranhar, que a revogação, no sentido de *alteração*, incida sobre cláusulas e não propriamente sobre o contrato. Em casos concretos, embora razão tenha o especialista brasileiro, sobretudo nas concessões de serviços a longo prazo, a Administração pode revogar disposições antes sancionadas, deixando o contrato vigente para efeito de continuidade do serviço.

18. "A *exceptio non adimpleti contractus* poderá, pois, ser alegada pelo co-contratante da Administração quando o comportamento desta cria uma *situação de fato* que praticamente impeça o cumprimento do contrato" (v. Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1978, t. 3-A, p. 384-5).

tura ou então da omissão de alguma das etapas procedimentais “provocando a nulidade do contrato administrativo”¹⁹.

A modalidade *anulação*, figura geral de desfazimento dos contratos administrativos, de plano para a doutrina significa *résiliation* ou rescindimento²⁰. Constitui, quando dá fim ao contrato, uma sanção que pode ou não produzir ressarcimento ou reparação indenizatória.

Como *sanção*, tanto a rescisão como a anulação devem assentar em *atos* nas relações ou em *atos* nas obrigações. Na anormalidade o problema também colocado em *atos* resolve-se diante de novas situações que independeram ou não da conduta dos contratantes.

19. Bartolome A. Fiorini, *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1968, t. 1, p. 423.

20. André de Laubadère, Les modalités générales de *résiliation* des contrats administratifs, La fin anticipée du contrat administratif, in *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris, 1956, p. 143-66.

12.^a PARTE

- A PUBLICIDADE NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS
- RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA CONTRATUAL
- RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA EXTRA-CONTRATUAL
- RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA INDENIZATÓRIA

A PUBLICIDADE NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Sumário: 345. Publicização do contrato. 346. Publicidade ou publicação. 347. Conhecimento do fato contratual. 348. A publicidade como garantia de valor jurídico. 349. O interesse público exigindo publicidade. 350. Publicidade e validade. 351. O contrato apreciável nas condições. 352. Publicidade e responsabilidade.

345. PUBLICIZAÇÃO DO CONTRATO

Publicidade e responsabilidade caminham juntas nos atos como nos contratos administrativos¹. Constituem valores reais que atuam no momento da criação dos direitos, se projetam na formação das relações e das conseqüentes obrigações que virão a determinar a normalidade da execução dos serviços públicos.

Aliás essa é uma verdade jurídica que decorre da publicação do ato ou contrato, da interferência do Estado no campo da atividade privada, da *justiça* nos negócios administrativos, de relações que devem ser protegidas, de obrigações que não acobertem privilégios e das partes respondendo pelas situações jurídicas criadas².

Tudo, tudo mesmo, na fenomenologia administrativa, na ordem jurídica pública ou privada, depende de *conhecimento*, ou seja, da publicidade ou da publicação dos atos e contratos: a formação, o processo, a formalização, a validade e a eficácia dos efeitos a produzir ou a serem produzidos.

A publicidade, tal como a responsabilidade, dizem com a causa e a motivação na permitida atividade administrativa, com o interesse público afetado penetrando a posição do particular, com a lei na origem e a fina-

1. "O problema da publicidade nos contratos administrativos é o mesmo dos atos administrativos na significação dos efeitos jurídicos" (v. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Atos administrativos*, São Paulo, 1980, p. 327-33).

2. Miguel Angel Berçaitz, *Publicización del contrato, Limites del intervencionismo del Estado*, in *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, 1952, p. 33-9.

lidade na execução ou prestação de serviços. A *publicidade*, portanto, qualificando a *responsabilidade*.

346. PUBLICIDADE OU PUBLICAÇÃO

Os efeitos jurídicos do ato de conclusão do contrato administrativo, ou a aprovação do contrato, não efetivam conseqüências eficazes senão pela publicação, isto é, pela *forma* que lhe dá a devida aplicação executória, não só com respeito aos contratantes, mas com respeito também a terceiros ocasionalmente interessados.

Já que na base originária dos contratos administrativos está o interesse público e na sua finalidade obras e serviços, ficando geralmente o particular como colaborador ou participante, o conhecimento das relações e obrigações assumidas constitui matéria de direito e não simplesmente de fato ³.

Com a publicidade do contrato, aqui equivalente à publicação do mesmo, o problema na ordem pública traduz presunção de legitimidade a fim de que valha contra terceiros desde seu conhecimento. Há na publicação uma razão jurídica fundamental porque *em princípio* não pode divergir do exatamente compromissado na convocação e no processo.

Guardando as maneiras procedimentais próprias que atuam na formação e conclusão dos contratos administrativos, tal como as leis, eles exigem iniciativa, discussão, promulgação ou sanção e publicação. As etapas, como observadas no processo licitatório, cumprem-se até a fase final de amplo conhecimento público ⁴.

Se um texto de lei deve vir conformado exatamente com a vontade legislativa, nos contratos administrativos as cláusulas hão de vir harmonizadas com a vontade administrativa declarada. Daí a importância, indubitosa, da publicação ou publicidade, dando existência jurídica ao acordo, em razão da eficácia e dos efeitos.

3. A responsabilidade contratual, por isso, não vem só do contrato normal concluído pela Administração, mas começa a existir de dois assinalados momentos: a) aquele em que o contrato é oferecido; b) aquele outro em que o contrato está pronto para formalização. Disso dependem, por razões jurídicas, no tocante à responsabilidade, o conhecimento dos termos que levam à licitação e o conhecimento dos termos efetivados para acordo e contratação. Há, portanto, para os devidos efeitos, necessidade de conhecimento do serviço ofertado e necessidade de conhecimento de como o pacto se realizou.

4. Exemplo na prática: "A ampla publicidade da convocação para a concorrência é requisito essencial, por relacionar-se com o princípio da universalidade" (v. Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo, 1978, p. 284). Esse princípio, o da *universalidade*, estende-se ao processo licitatório e a todo contrato. Principalmente depois de formalizado, a publicidade torna-se um requisito de conhecimento produzindo a eficácia, e por meio da eficácia a validade do acordo realizado.

347. CONHECIMENTO DO FATO CONTRATUAL

Sendo o contrato administrativo, como sabemos, acordo consensual que pelo interesse público vincula a Administração aos administrados, o requisito da publicidade constitui norma geral de boa conduta administrativa, tão-somente porque nada se pode denunciar sem o conhecimento da existência de relações e obrigações⁵.

Obviamente pela publicação é possível conhecer o *consentimento* havido, a *finalidade* certa, objeto do contrato, e as *obrigações* que ficaram estabelecidas. Quando a finalidade se traduz em atribuição de encargos, o interesse público pode envolver interesses de terceiros, como nas concessões pode facultar o direito de expropriar⁶.

Na verdade, o requisito da publicação exterioriza a validade do consentimento e confirma ou não a integração da vontade com o acordo concluído. Atuando como pessoa jurídica, não se permite à Administração desenvolver atividade contrária à lei, mesmo em nome do interesse público, ou seja, contratar sem reconhecer a permanência de interesses privados possivelmente atingíveis.

A publicação, evidentemente, acomoda e preserva interesses ou direitos, pois, dando conhecimento do fato-contratual, abre as garantias recursais recomendadas ao mesmo tempo que determina a obrigatoriedade executória, *menos* naqueles casos onde o início dos serviços vier consignado por expressas cláusulas obrigacionais⁷.

O princípio da publicidade, por originários motivos jurídicos, alcança:

— a concorrência, ou a licitação, que deve amplamente ser conhecida de todos;

— o contrato, na sua formalização, para apreciação das condições pactuadas.

Não basta que os particulares conheçam a *chamada* à licitação, mas é preciso que também *conheçam* como foram feitas a adjudicação e a formalização, pois “quebra-se a igualdade se, depois de adjudicado o contrato,

5. É pela publicidade, ou por meio da publicação do ato, tenha que natureza tiver, que se abrem os meios recursais (v. Dario Foligno, *L'attività amministrativa*, Milano, 1966, p. 250). Tratando de contratos administrativos pode acontecer que o documento formalizador não atenda a natureza do processo que o antecedeu. Ou que a finalidade, *in casu*, venha indeterminada nos devidos propósitos públicos.

6. No Brasil, a exemplo, o Decreto-lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941, art. 3.º: “Os concessionários de serviços públicos e os estabelecimentos de caráter público ou que exerçam funções delegadas de Poder Público poderão promover desapropriações mediante autorização expressa, constante de lei ou contrato” (v. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Desapropriação*, São Paulo, 1977, p. 241-4).

7. Tanto a publicação como a notificação podem constituir *publicidade* do ato (v. Aldo M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1959, p. 253). O que importa é o conhecimento do ato, aprovando o contrato, gerando assim possibilidades recursais. Não há acordo que possa considerar-se válido na clandestinidade.

alteram-se as bases da licitação e se introduzem variantes à margem das condições gerais”⁸.

Embora outras hipóteses possam acontecer, via de regra, os contratos administrativos, realizados mediante licitação, só se completam no processo pelo conhecimento da adjudicação. Desde que não se exclua a possibilidade do maior ou menor preço sobre o menor, a publicação ou a publicidade do ato-decisão aponta o adequado comportamento administrativo.

348. A PUBLICIDADE COMO GARANTIA DE VALOR JURÍDICO

Engana-se a doutrina quando apenas dá importância à publicação, na fase de promoção do processo da contratação. Na ordem jurídica pública todas as posições administrativas deságuam na publicidade. A administração não se movimenta jamais na clandestinidade, máxime porque a existência de normas e regras, dando suporte à legitimidade nas relações, faz momentos constitutivos das obrigações.

O *porquê*, afetando os regimes jurídicos administrativos, do princípio da *publicidade* nas contratações, resulta:

— das disposições que regem fazerem normas essenciais para a formação do processo;

— das possíveis infrações de normas essenciais invalidando o processo ou o acordo.

A publicidade é, assim, uma garantia de valor jurídico, abrindo, em qualquer oportunidade, as vias reclamatórias. A pré-adjudicação, mesmo recomendável, “deve ser pública, com notificação prévia aos interessados e com prazos determinados para as impugnações”⁹. O problema se apresenta nos sistemas para resguardar direitos que possam ser violados em favor ou em desfavor de interessados no contrato.

Todavia, faculta-se à Administração usar das várias formas de conhecimento previstas em direito, nos contratos valendo, pela publicidade ou publicação, a comunicação e a notificação, a intimação e a citação, meios para ciência de terceiros de atos que venham a vulnerar interesses momentâneos ou direitos esperados.

349. O INTERESSE PÚBLICO EXIGINDO PUBLICIDADE

Sem dúvida, o que se afigura certo é que nos contratos, desde a vontade até a formalização, inserem-se atos passíveis de avaliação nos

8. Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1978, t. 3-A, p. 205.

9. Bartolome A. Fiorini, *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1968, t. I, p. 442.

efeitos. *Atos* que, não publicados ou não conhecidos, podem prejudicar a igualdade das partes ou provocar manifesta distorção das obrigações contidas na fase convocatória.

Ao contrário, se a Administração silencia com respeito a atos exercitados no curso do processo ou não torna conhecido o contrato, não só o interesse público fica ferido, mas irregularizado o processo e invalidado o acordo mesmo presuntivamente válido. Não importam, entretanto, na área administrativa, as formas e os meios opcionais de conhecimento ¹⁰.

Se o contrato, *in fine*, se reduz a um acordo consensual, envolvendo relações e obrigações, tendo o interesse público como fator principal da finalidade de serviço, é esse mesmo *interesse público* que exige publicidade e conhecimento de atos e fatos que, no curso do processo e na formação contratual, afetam patrimônio estatal e necessidades gerais.

Um contrato administrativo, nas categorias mais importantes de obras e serviços, não é de agora que sabemos que procura satisfazer o interesse coletivo, o interesse da própria economia pública e o interesse individual ¹¹, não ficando nunca restrito apenas a uma das partes ou às partes que dele participam ou nele colaboram.

350. PUBLICIDADE E VALIDADE

De um modo geral, basta notar, para conhecimento jurídico, que da publicidade pode depender, na esfera administrativa e fora dela, o exame da validade ou da invalidade. Estamos frente a uma situação relacional cuja finalidade deve se apresentar suficientemente determinada, e por isso mesmo sujeita a recursos que resguardecam interesses protegidos.

Considerando que, nos casos administrativos, as relações passam a se incluir na esfera do Direito Público, é inquestionável na prática a harmonia entre o interesse administrativo e o interesse jurídico geral e das partes, nada aconselhando, nem o silêncio da Administração, nem a falta de publicidade prejudicial quanto à perseguição dos efeitos ¹².

10. Como nos atos administrativos, nos contratos não é a forma de publicação ou conhecimento que mais importa, mas sim o exame que se conclui pela validade de atos na formação do contrato e depois na formalização. O conhecimento ou a publicação, porém, fazendo publicidade, ganhando formas permitidas em direito, permite a todos e às partes saberem da existência do acordo avalável nos elementos e nos efeitos.

11. Jacobo Wainer, *Contratos administrativos*, Buenos Aires, 1939, p. 13.

12. Sabemos que, nos contratos administrativos em formação ou formalizados, a situação criada tem caráter individual e geral. Na realidade, a publicidade é importante, porque não estão em jogo apenas poderes legais, mas também direitos subjetivos. Nenhuma dúvida pode subsistir, portanto, quanto ao dever da Administração de fazer conhecidos trâmites e decisões. Recorde-se, de passagem, que o contrato administrativo faz uma convenção *pública*, não *privada*. Feita a observa-

Na tradição do Direito brasileiro, os contratos celebrados pela Administração, com prazo certo, ficaram sujeitos à publicação, não bastando serem lavrados em livros especialmente destinados a esse fim ¹³. A norma, na imposta colocação jurídica, envolve o interesse público e a obrigatoriedade da tutela sobre o acordo.

Com mais rigor, na tradição do Direito brasileiro, serão considerados inexistentes os contratos não publicados dentro do prazo legal, “com exceção unicamente daqueles para os quais tenha sido dispensada a publicação, por ser a mesma prejudicial à defesa nacional” ¹⁴. A regra geral, na juridicidade, é da obrigatoria publicidade.

Como será possível, na realidade das relações jurídicas, avaliar a responsabilidade administrativa, tornar a Administração responsável diante de efeitos lesivos e em face de direitos que exigem denúncia e defesa, sem o conhecimento objetivo do instrumento utilizado para determinada situação? Não convence jamais que a Administração possa trabalhar com legitimidade, mantendo sigilo na atividade pública.

351. O CONTRATO APRECIÁVEL NAS CONDIÇÕES

Inaceitável é a tese, porque afrontante da ordem jurídica positiva, de que a publicidade constitui um requisito essencial do ato administrativo com respeito à validade, enquanto no contrato administrativo não constitui regra obrigatória no seu regime, salvo afetando interesses de terceiros ¹⁵.

A publicidade, possuída em qualquer dos meios e das formas, é de obrigatoriedade normal para todo tipo de atividade administrativa, bastando a indicação do suporte legal para a verificação da legitimidade na conduta da Administração. Toma maior relevo que nos atos, sem dúvida, em virtude do serviço público que se oferece e dá ao particular.

Valor jurídico porém ponderado, a publicidade torna o contrato administrativo apreciável nas condições e cláusulas, permitindo distinguir:

ção, desnecessário será dizer que o requisito da *publicidade* é um requisito *essencial*, fundamental nas relações que pretende legitimar.

13. Decreto n. 4.536, de 28 de janeiro de 1922, textualmente: Art. 789. “Os contratos celebrados pelo Governo serão publicados no *Diário Oficial*, dentro de 10 dias de sua assinatura, e, em igual prazo a contar da publicação, remetidos ao Tribunal de Contas, em protocolo, do qual constem o dia e hora de entrega”.

14. Decreto n. 4.536, art. 792.

15. Esta é a posição, que não adotamos, do mestre Juan Carlos Casagne (v. *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1978, p. 293), pois toda atividade administrativa é essencialmente pública, desde o momento em que por meio de relações gera obrigações. As exceções, sempre atendíveis ou recomendáveis, são as que dizem com a íntima segurança do Estado. Quer na ordem interna, como na externa, qualquer tipo de ato ou contrato de qualquer categoria, para revestir-se de validade e forma, há de merecer a devida publicação.

— se o acordo foi realizado conforme anunciado pela Administração no ato convocatório;

— se as cláusulas contêm as condições pertinentes ao serviço público contratado.

Tão cheia de variantes ficou a atividade pública nos diferentes planos da Administração, tão variadas em razão do serviço ficaram as categorias contratuais, tão indispensável é a colaboração ou a participação do administrado, que seria totalmente ajurídica a existência de contrato sem o devido conhecimento da sua validade ou validação.

352. PUBLICIDADE E RESPONSABILIDADE

Igualmente como no direito positivo, no Direito Administrativo “o objeto das normas de direito são as relações entre as pessoas, entre elas e os grupos sociais, ou entre estes grupos, havidos como entidades que recebem da própria norma um reconhecimento, ou personalidade jurídica, com conseqüente capacidade para a aquisição e o exercício de direitos”¹⁶.

Não perdendo nunca a Administração sua qualidade de pessoa jurídica, todas as manifestações que dela partem constituem relações, quer no ato ou no contrato administrativo. Estas relações não pertencem somente à Administração, mas aos que dela participam ou dela recebem direitos e ao mesmo tempo obrigações de fazer ou realizar.

No contrato, principalmente o *administrativo*, tais relações caracterizam conhecimento e responsabilidade. Não são apenas conceitos que estão em análise, porém o interesse público, a necessidade do serviço, partes que contraem obrigações mediante determinadas condições, já que nos sistemas jurídicos as normas traduzem exatas regras de comportamento.

Observando um contrato administrativo verificamos a existência dos mesmos valores constitutivos na extensão de um direito subjetivo: o *sujeito* ou o titular da oferta do serviço, a *finalidade* sobre a qual recai o interesse de oferecer, a *relação* do titular com os administrados participantes e a *faculdade* de invocar a proteção que o direito, no geral, assegure.

Nos contratos realizados com a Administração, provindos de ato de vontade administrativa, destaca-se um interesse público *maior* do que nas declarações unilaterais. O que se oneram são *coisas* do patrimônio comum, coisas incorporadas ou que se incorporam a um interesse geral, *coisas* que exigem correspondente conhecimento e responsabilidade.

Se a lei é pública, se o serviço é público, se o contrato é *administrativo*, as relações e as obrigações assumidas em nome do interesse também *público* não podem deixar de ser *públicas*. Sobretudo no tocante à licitude, a publicidade transforma-se numa imposição de ordem jurídica, num problema de responsabilidade na atividade administrativa.

16. Vicente Ráo, *O direito e a vida dos direitos*, São Paulo, 1978, t. 2, v. 1, p. 166.

RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA CONTRATUAL

Sumário: 353. Aspectos substanciais na responsabilidade. 354. Relações de responsabilidade. 355. Relações afetadas pelas obrigações. 356. Fundamento da responsabilidade administrativa. 357. Situações requeridas de responsabilidade. 358. Condições da existência de responsabilidade. 359. Nexo causal e responsabilidade. 360. Culpa contratual e responsabilidade sem culpa. 361. Culpa contratual e extracontratual.

353. ASPECTOS SUBSTANCIAIS NA RESPONSABILIDADE

Nos contratos administrativos, a responsabilidade constitui um corolário natural e lógico da atividade geral de serviço público, tudo conforme com os poderes existentes e concedidos ou as faculdades que regulam os modos de dar e de fazer.

Apresenta o problema, no tocante a relações e com respeito a obrigações, alguns aspectos substanciais:

— de parte da Administração saber cumprir com exação as obrigações ajustadas na reciprocidade e que passam a integrar-se nos deveres administrativos;

— de parte do administrado executar a obra ou prestar o serviço dentro dos planos técnicos recomendados e no limite das obrigações no contrato assumidas;

— de ambas as partes manter pelo cumprimento das obrigações as relações jurídicas estabelecidas na comutatividade e na onerosidade sem quebra da unidade do contrato.

A matéria, embora administrativa, na amplitude das relações que conhece, seu estudo decorre do direito positivo quando estabelece a responsabilidade das pessoas jurídicas de Direito Público¹, ressaltando-se, em princípio, na organização, quais essas pessoas e como estão colocadas na ordem geral da atividade estatal.

1. No Brasil: Código Civil, arts. 14, 15 e 1.525; Decreto-lei n. 200, arts. 4.º e 5.º.

354. RELAÇÕES DE RESPONSABILIDADE

Na doutrina, costumeira, tradicional e comparada, as colocações se diversificam nos regimes, mas afirmam sempre a constante responsabilidade das pessoas públicas², precisando conceitos que, diante de obrigações não cumpridas, o inadimplemento traduz responsabilidade.

Não resta dúvida, contudo, que o Estado é sempre responsável, diretamente pelos danos que causar ou indiretamente pelos danos causados pelos seus órgãos e agentes. O princípio da responsabilidade tanto atinge os organismos públicos como os particulares, tanto submete a Administração como os administrados³.

No Direito brasileiro, tal como o problema da responsabilidade ficou colocado, as relações assumem causas constitucionais e legais, fundamentos escritos na ordem pública e na ordem privada positiva, pois da leitura dos textos conclui-se:

— na infringência de obrigações ou deveres de parte da Administração, a responsabilidade é estatal administrativa;

— respondem porém regressivamente os causadores dos danos e do rompimento das obrigações.

No tocante aos motivos ou aos atos que produzam lesividade, obrigando pela responsabilidade administrativa à reparação, prevalecem na constância regras inclusive com respeito aos contratos públicos:

— o dano, venha de onde vier, deve vir *certo* na sua existência;

— pessoal, *intuitu personae*, para o efeito de reparação.

A responsabilidade, como princípio geral de direito, reside sempre na presença efetiva do dano ou prejuízo⁴. Nos contratos administrativos, devido às relações estabelecidas, a responsabilização das partes passa a avaliável conforme o descumprimento das obrigações na execução ou prestação do serviço público.

2. Rodolfo Bullrich, *La responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, 1920; Paul Duez, *La responsabilité de la puissance publique en dehors du contract*, Paris, 1927; Henri Lalou, *La responsabilité civile*, Paris, 1928; Pedro Guilherme Altamira, *Responsabilidad extracontractual del Estado*, Córdoba, 1942; Renato Alessi, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Milano, 1955; Amaro Cavalcanti, *Responsabilidade civil do Estado*, Rio de Janeiro, 1957; José de Aguiar Dias, *Responsabilidade civil do Estado*, Rio de Janeiro, 1960; Maria Graziela Reiriz, *La responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, 1969; Julio A. Prat, *La responsabilidad del Estado*, in *Derecho administrativo*, Montevideo, 1978, t. 4, v. 2.

3. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Curso de direito administrativo*, São Paulo, 1979, p. 339.

4. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *op. cit.*, p. 343.

355. RELAÇÕES AFETADAS PELAS OBRIGAÇÕES

Duas situações surgem do descumprimento das obrigações nos contratos administrativos:

— uma resultante da atividade da Administração no regime do contrato;

— outra conseqüente da atividade do particular com respeito às obrigações contraídas.

Paga ou responde pelo descumprimento do pactuado tanto a Administração como o co-contratante. A lógica, na colocação, provém da igualdade das partes no acordo, de um lado impondo a devida reparação e de outro carreando sanções decorrentes da inexecução ou má execução.

O que se faz necessário na prática, em face de relações que ficam afetadas pelo descumprimento das obrigações, está em verificar atos e fatos separáveis do serviço ou inseparáveis⁵. Atos ou fatos que venham de fatores estranhos à vontade das partes e aqueles que simplesmente reflitam impossibilidade executória ou de regular prestação.

Na verdade, ou na realidade dos contratos administrativos, a Administração só responde pelas conseqüências danosas nascidas do incumprimento das suas próprias obrigações, ao passo que o co-contratante quando responde fica sujeito à extinção das relações conforme a gravidade da sua conduta na execução ou prestação do serviço.

356. FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA

Convém considerar que toda responsabilidade em Direito Público, igualmente como no Direito Privado, reclama três condições que devem ser convergentes:

— “um fato gerador de danos apresentando certos caracteres jurídicos”;

— “existência de um ato ou fato danoso”;

— “imputabilidade do dano a uma pessoa determinada”⁶.

Trata-se, portanto, nos contratos administrativos, de apontar o dano causado e a pessoa imputável. Não importa, tendo em conta obrigações, que a atividade venha lícita e os atos também lícitos. O que se quer, nos acordos públicos, em nome do interesse público, é precisamente a exação na busca da finalidade perseguida.

5. Jean Rivero, *Droit administratif*, Paris, 1973, p. 257.

6. Julio A. Prat, *La responsabilidad del Estado*, in op. cit., t. 4, v. 2, p. 31.

Evidentemente que, não sendo possível aplicar em toda a extensão os critérios civilistas, ainda assim também nos contratos administrativos, o fundamento da responsabilidade vem colocado:

— no risco quanto a eventos futuros que perturbem a equação econômico-financeira do contrato;

— na culpa pela inexecução provocando a denúncia do acordo fundada no interesse público atual;

— no retardamento do que é devido pela Administração impossibilitando a normalidade das obrigações.

Na primeira hipótese temos figurada a imprevisão, o caso fortuito e a força maior, alterando o equilíbrio contratual. Na segunda, a inadimplência do co-contratante, podendo gerar a extinção do acordo. Na terceira, a Administração inadimplente e, portanto, sujeita à reparação dos prejuízos correspondentes.

357. SITUAÇÕES REQUERIDAS DE RESPONSABILIDADE

Aliás, tal posicionamento trazido à colação é o mais realístico na ordem das relações jurídicas públicas. A Administração possui de seu lado o direito de adotar qualquer das formas extintivas, desfazendo o acordo na execução ou promovendo o resgate do serviço no caso das concessões.

Com respeito ao co-contratante, uma vez cumpridas as condições obrigacionais, a ele não cabem sacrifícios de nenhuma natureza, já que as obrigações cumpridas produzem efeitos jurídicos que resultam do direito que tem o particular, pelo dano sofrido, de obter reparação⁷.

Sem dúvida, existem situações requeridas, a fim de que a Administração se comprometa em responsabilidade:

— indicando “o caráter que deve apresentar o fato de que proveio o prejuízo”;

— apontando “o dano em si nas suas características”;

— determinando “a natureza da função exercida causadora do prejuízo”⁸.

Posicionada a execução ou a prestação de serviços nas pertinentes relações como obrigação definida dos contratantes, a inexecução ou a inadequada prestação constituem a questão central conforme a inadimplência venha de uma ou de outra parte, gerando responsabilidade que deságua na rescisão ou na indenização ou em ambas as hipóteses ao mesmo tempo.

7. Rodolfo Bullrich, op. cit., p. 161.

8. Hugo Caldera Delgado, *Manual de derecho administrativo*, Santiago, 1979, p. 528.

No bom entendimento a responsabilidade *civil* é que impõe a obrigação de reparar o dano patrimonial e a *administrativa*, nos contratos abrangentes de situação jurídica consensual, é que impõe sanções pelo descumprimento do acordo, embora avaliáveis os motivos factuais e as razões de direito.

358. CONDIÇÕES DA EXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE

Nos contratos administrativos, em matéria de recíprocos compromissos ajustados, a equação de lógica jurídica fica bastante simples: a falta de uma das partes no cumprimento das obrigações contratuais envolve responsabilidade de um contratante para com o outro⁹. Este é o ponto concreto de partida para a execução e a prestação de serviços.

Compete de plano ao analista, simplificando métodos interpretativos, aproximando conceitos do Direito Administrativo e do Direito Civil, estabelecer diante das relações o *porquê* do descumprimento das obrigações, os motivos pelos quais toma materialidade o princípio sempre atuante da responsabilidade.

Na doutrina, o que é necessário ao hermeneuta apreciar no enfoque denomina-se *condições de existência objetiva* da responsabilidade contratual na área do Direito Administrativo, pois só pelo exame dos atos e levantamento dos fatos no regime do contrato público é possível pesar rupturas que possam produzir reais prejuízos.

Já que o dever jurídico de responder conforme atos e fatos repousa na anormalidade da execução ou da prestação do serviço, o importante está no apontar, em face da responsabilidade, a pessoa do contratante *responsável*. O problema, conhecidas as obrigações, reside em conhecer a existência da responsabilidade, *sem culpa* ou por *culpa contratual*.

359. NEXO CAUSAL E RESPONSABILIDADE

Um contrato, principalmente o *administrativo*, não se conclui para que a Administração não possa fazer valer o interesse público, nem para que o particular sofra desigualmente encargos que são gerais¹⁰. O que se espera, na *anormalidade*, é que os danos materiais ocorridos tenham solução adequada às novas situações criadas.

9. "Les manquements de l'une des parties à ses obligations contractuels les engagent sa responsabilité vis-à-vis de l'autre" (c. André de Laubadère, La responsabilité contractuelle, in *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris, 1956, t. 2, p. 67).

10. Recaredo F. de Velasco, *Los contratos administrativos*, Madrid, 1927, p. 142-3.

Fica importante, para o analista, o exame do *nexo causal* que leva aqui à responsabilidade contratual. Daí merecer relevo o estudo da responsabilidade *sem culpa* ou *por culpa*, tendo em conta que os danos, quando objetivos, afastam os critérios avaliatórios subjetivos para situar o problema no limite das normais obrigações no momento do acordo assumidas.

Tudo o mais, no Direito Público, constitui profunda especulação doutrinária. Sendo o contrato, sobretudo o *administrativo*, um instrumento concreto de valor jurídico, firmado consensualmente por relações e obrigações, buscando uma finalidade certa no interesse geral, a inexecução ou a má prestação é problema de anormalidade, de culpa ou falta de uma parte ou de outra.

Culpa ou falta, nos contratos administrativos, são expressões homômeras ou vocábulos homônimos, ficando mais sensível no incumprimento das obrigações o emprego da palavra *culpa* por envolver o efeito de deixar de fazer o que se deve necessariamente praticar¹¹. O importante é fixar ou localizar a inadimplência.

A culpa, conseqüência de se ter feito o que não se devia fazer, traduz no melhor entendimento o significado de *falta*, que poderia ser nos contratos uma versão de privação ou ausência que na execução ou prestação do serviço não seria apropriada em virtude de existência de consenso e finalidade.

360. CULPA CONTRATUAL E RESPONSABILIDADE SEM CULPA

Resta ponderar, na inexecução ou no incumprimento das obrigações, a existência de duas situações que podem exatamente configurar-se, por comuns no entendimento das relações jurídicas:

- a da *culpa* contratual;
- a da responsabilidade contratual *sem culpa*.

Qualquer que seja, pois, a finalidade que a Administração persegue, quando há o incumprimento das obrigações, tal como acontece no Direito Civil, a responsabilidade existe. Por conseguinte, descumpridas estipulações contratuais, a questão é de pessoa imputável, da *pessoa* que responde pelos atos que lhe são próprios na execução ou prestação¹².

11. André de Laubadère adota, por ser do gosto da maioria dos doutrinadores, a expressão *falta* como sinônima do vocábulo *culpa* a fim de determinar a existência da responsabilidade contratual (op. cit., t. 2, p. 68-71). Nada porém altera, na problemática, os seus pressupostos básicos, desde que um contrato é um acordo *concreto* entre partes. As variações de pensamento, quando discutíveis, procuram tão-somente vincular-se ao interesse público. Todavia, pela culpa na inexecução, ou por meio dela, as questões se colocam com maior clareza e com mais fácil equacionamento jurídico.

12. A idéia de responsabilidade, ao contrário da idéia de irresponsabilidade, marcou longa tradição no direito e na história das instituições públicas. Consultar: Pedro Guillermo Altamira, Breve reseña histórica, in op. cit., p. 13-24.

A ponderação a fazer, portanto, em virtude dos efeitos jurídicos resultantes da inexecução ou incumprimento das obrigações, resume-se em dois pressupostos, verificáveis mediante duas indagações:

- quando *há culpa contratual* no tocante aos pactos administrativos?
- quando *não há culpa* nos contratos realizados com a Administração?

A primeira indagação assume caráter concreto na hipótese do simples descumprimento por uma das partes daquilo que prometeu cumprir. A segunda compreende eventos não previstos ou fatos estranhos que venham a comprometer nas relações firmadas os deveres jurídicos compromissados.

Só permanecem, portanto, duas maneiras de avaliação da responsabilidade: a da culpa contratual e a da inexistência de culpa. A da culpa levando às medidas extintivas do contrato, à sua anulação ou rescisão. A da falta de culpa, no interesse público, às medidas que assegurem a continuidade do acordo diante de alterações recomendáveis.

Em tempo algum, da execução ou prestação do serviço, fica a Administração desprovida de *meios* para defender o contrato ou desfazer o acordo¹³, respondendo, *sim*, conforme a natureza das obrigações e o regime contratual, por atos e fatos possíveis de provocar lesividade na ruptura das relações.

361. CULPA CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

No ponto acima, chegamos à evidência do *prejudicial* ou dos prejuízos, uma condição genérica de responsabilidade contratual e regra do Direito Privado aplicável pelo Direito Administrativo no concernente à responsabilidade extracontratual¹⁴.

Ademais, aceitar que a Administração seja *irresponsável* por qualquer de suas atividades “implica, *ipso facto*, afirmar a desigualdade ante a lei e a existência de privilégios, os quais infringem clarissimamente os princípios básicos do regime de direito”¹⁵.

O problema, em jogo de avaliação jurídica, nas relações contratuais administrativas, é o problema *de culpa* pelo descumprimento das obrigações. No seu equacionamento pretende saber qual o responsável ou quem deu motivo à quebra dos compromissos consagrados na reciprocidade.

13. Neste livro, 11.^a parte, Cap. XLIII e XLIV.

14. André de Laubadère, op. cit., t. 2, p. 71-3.

15. Eduardo Soto Kloss, La responsabilidad extracontractual del Estado administrador, un principio general del derecho chileno, *Revista de derecho administrativo*, 21/22:156, Santiago, 1977; Pedro Pierry Arrau, La responsabilidad extracontractual del Estado, in *Anuário de derecho administrativo*, Santiago de Chile, 1975/6, t. 1, p. 471-502.

Não havendo culpa, ou então violação do direito alheio, também não deixa de haver responsabilidade. Se a quebra das obrigações for involuntária, já que não podemos excluir o elemento *vontade*, alguém há de responder pelo fato danoso que atinge os laços contratuais¹⁶.

Se é possível, nas relações e diante das obrigações, evidenciar a natureza nos contratos da *culpa contratual*, o mesmo não acontece com respeito à *culpa extracontratual* que decorre de razões estranhas à vontade de *uma* ou de *ambas* as partes, pois a inexecução ou a má prestação precisa vir jungida a fatos que expressem dano e causas materiais.

16. "Por outro lado, não se pode encarar a responsabilidade contratual como simples problema de efeito das obrigações. Se o contrato é uma fonte de obrigações, a sua inexecução também o é. Quando ocorre a inexecução, não é a obrigação contratual que movimenta o mundo da responsabilidade. O que se estabelece é uma obrigação nova, que se substitui à obrigação preexistente no todo ou em parte: a obrigação de reparar o prejuízo conseqüente à inexecução da obrigação assumida" (v. José de Aguiar Dias, Responsabilidade contratual e extracontratual, Unidade de culpa, in *Da responsabilidade civil*, Rio de Janeiro, 1960, v. 1, p. 159).

Capítulo XLVII

RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA EXTRA CONTRATUAL

Sumário: 362. Distinção nos conceitos de culpa. 363. Condições de responsabilidade. 364. Hipóteses na realidade das relações. 365. Inadimplemento da Administração. 366. Responsabilidade como garantia legal. 367. Denunciação dos danos e apreciação da lesividade. 368. Responsabilidade fora do contrato. 369. Relação de causa e efeito produzindo prejuízos.

362. DISTINÇÃO NOS CONCEITOS DE CULPA

Surpreende a *culpa contratual* pelo inadimplemento das obrigações; a *culpa extracontratual* pela ocorrência de fatores estranhos à normal realização do acordo. Estado é, nos contratos administrativos, a colocação mais simples, precisamente porque independe de teorias, escolas ou conflitos de pensamento doutrinário¹.

O que se busca, na prática, é o conhecimento seguro quanto às relações e às obrigações, para saber quem é o *responsável* pelo rompimento do contrato, o que uma das partes estava obrigada a dar e não deu e outras obrigadas a executar ou a prestar. De quem partiu *in concreto* e não *in abstracto* a desconstituição das obrigações criando responsabilidade objetiva.

1. O estudioso sabe das árduas discussões doutrinárias em torno de teorias que na prática pouco dizem com a natureza dos contratos administrativos. A maioria delas, na sabedoria das posições, procurando a responsabilidade do Estado, não propriamente da Administração como pessoa jurídica de Direito Público. A teoria, por exemplo, do risco ou da culpa, envolvendo fórmulas as mais variadas, tendo à frente dos debates figuras do porte de R. Von Ihering, Louis Josseland, Henri e Léon Mazeaud, R. Savatier, J. J. Amézaga, André Besson, Francesco Carnelutti, R. Demogue, Dino Grandi, G. Marton, Gaston Morin e Giovanni Saleni. No Brasil: Amaro Cavalcanti, Pontes de Miranda, Arnaldo Medeiros da Fonseca, Lino Moraes Leme, Alvinio Lima e José de Aguiar Dias. Todavia, no Direito Administrativo, por ser público e por submeter as pessoas públicas, o interesse da doutrina está em fixar valores jurídicos reais nas relações e obrigações contratuais, não sendo possível por meio dele adotar todas as teorias civilistas, mas somente aquelas onde os preceitos ficam aplicáveis e os conceitos não vêm conflitantes com as realidades factuais, pondo em relevo assim exigências do ordenamento jurídico geral e positivo.

Todas as dificuldades teóricas ficam superáveis diante da seguinte equação:

— pela inadimplência, resolve-se, analisadas as obrigações, a responsabilidade contratual;

— pela verificação de fatos estranhos, na inexecução ou má prestação, a responsabilidade extracontratual.

Constituindo, porém, a existência do prejuízo ou dano, condição essencial de responsabilidade², apareça o prejuízo ou dano qualificado na origem, está definido o caráter da responsabilidade. Embora, nos contratos administrativos, seja necessário, em virtude do convencionado, determinar, em face da Administração, a permanência de cláusulas de responsabilidade ou de não responsabilidade.

Qualquer estudo, no entanto, deve em princípio ser feito, em razão da licitude e da normalidade da execução ou prestação do serviço, das cláusulas que ordenam a conduta das partes, ficando o comportamento ilícito ou delituoso sujeito às soluções recomendadas na legislação civil e penal. As regras na atuação das partes devem atender a natureza do prejuízo e da lesão.

363. CONDIÇÕES DE RESPONSABILIDADE

Na verdade, a condição *responsabilidade*, no geral, exige por sua vez quatro condições: avaliação do prejuízo, da lesão de um direito, da culpa na execução e uma relação de causalidade³. Realiza, no descumprimento das obrigações, uma unidade de elementos que, depois de constituídos, levam à espécie contratual ou extracontratual.

Pela última condição, a de relação de causalidade, previne-se a natureza jurídica da responsabilidade, quem deve responder e por que deve. Neste *por que* tem suporte lógico e natural o conhecimento da incidência de fatos e conseqüências jurídicas inesperadas, motivos entre outros de fatores que justificam o caso fortuito ou força maior⁴.

2. "L'existence de deux titres possibles de responsabilité contractuelle de l'administration, une responsabilité pour faute et une responsabilité sans faute, constitue, à notre avis, la grande originalité de la théorie de la responsabilité en droit administratif. Cette coexistence rapproche en même temps l'une de l'autre les théories de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité extracontractuelle de l'administration" (v. André de Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris, 1956, t. 2, p. 69-70).

3. Pierre Vigny, Conditions de la responsabilité, in *Droit administratif*, Bruxelles, 1953, p. 294. Para conhecimento doutrinário: Julio A. Prat, Responsabilidad extracontractual del Estado, in *Jurisprudencia Argentina*, n. 5.079, Buenos Aires, 1979.

4. Neste livro, 3.^a parte, Cap. X.

Vale uma indagação: quem não tem conhecimento das grandes comoções sociais, de guerras ou revoluções, de alguns violentos acidentes climáticos, do *fato administração* intervindo no contrato, do interesse público subjetivando novas situações, das perturbações econômicas ou da inflação corroendo valores monetários?

Contudo, a responsabilidade assume, na juridicidade, diferentes aspectos na devida configuração jurídica:

— um que diz com o descumprimento das obrigações caracterizando a inexecução ou a impossibilidade da prestação;

— outro diante de fatos imprevistos que exigem a alteração das obrigações consoante o interesse público;

— outro mais com a adoção de medidas extintivas do acordo em face das consequências na execução ou prestação;

— outro ainda com a omissão da Administração retardando ou impedindo o normal cumprimento do pactuado.

A responsabilidade, quando decorre de contrato administrativo, rege-se assim pelas estipulações que obrigam no acordo, pelo atendimento das especificações concernentes ao objeto do ajuste, respondendo a Administração como também o particular pela normalidade da execução ou prestação do serviço.

364. HIPÓTESES NA REALIDADE DAS RELAÇÕES

Difere a responsabilidade administrativa *contratual* da responsabilidade administrativa *extracontratual*, porque na primeira está em jogo o respeito pelas cláusulas convencionadas, ao passo que na segunda dominam causas objetivas que impessoalizam a atuação lesiva.

Em princípio, a responsabilidade, que não está escrita no contrato ou que extravasa as cláusulas do acordo, compromete a Administração quando fora do pactuado sanciona pela própria atividade culpável atos e fatos que se transformam em sacrifícios não esperados pelo co-contratante, “castigando o particular de maneira injusta e desigual”⁵.

De plano e pelas consequências jurídicas, a responsabilidade contratual pertence às partes, mas particularmente é sempre responsabilidade da Administração, que responde em nome do interesse público por atos e fatos que perturbem a normalidade na execução de obras ou prestação de serviços.

Entendemos, também, que, do ponto de vista jurídico-positivo, as especulações doutrinárias carecem de relevância, pois o importante é estudar na responsabilidade da Administração “todas as hipóteses em que fica

5. Na velha doutrina: Otto Mayer, *Le droit administratif allemand*, trad. franc., Paris, 1903, t. 4, p. 221-9.

obrigada a indenizar aos particulares diante da lesão extracontratual de seus direitos”⁶.

As hipóteses, na realidade das relações, quando transformadas em problemas concretos, assumem nos contratos administrativos, figurações que surgem dos próprios termos contratuais ou figurações imprevistas nascidas de fatos pelos quais o co-contratante, não respondendo *in casu*, espera da Administração a devida compensação.

365. INADIMPLEMENTO DA ADMINISTRAÇÃO

A rigor, “um caso típico e comum de violação de um direito subjetivo em matéria contratual é o do inadimplemento de parte da Administração pelas obrigações objeto do contrato”⁷. Um caso atípico será aquele que pela omissão, involuntária ou não, gera lesões, desconhecendo ou fazendo por não conhecer estipulações que se vinculam na reciprocidade.

No Direito brasileiro, a questão é de ilicitude no comportamento administrativo, que se completa na reparabilidade do dano⁸. Qualquer que seja a reparação do dano provocado, possui fundamento na responsabilidade, podendo, sabemos, a responsabilidade, aparecer da ação ou da omissão.

Todavia, embora a questão no Direito brasileiro seja de ilicitude, na esfera própria do Direito Público, principalmente concernente aos contratos administrativos, duas observações exigem destaque:

— a responsabilidade *contratual* é aquela que decorre precisamente do contrato como ele é;

— a *extracontratual* de fatos nos contratos afetando na relação a posição do co-contratante.

Obras realizadas que prejudiquem *terceiros*, serviços prestados comprometendo o *patrimônio privado*, situações estas não previstas no contrato administrativo, conduzem logicamente à responsabilidade extracontratual. Justifica-se a colocação porque quem ofertou o serviço foi a Administração, cabendo ao particular sua execução ou prestação.

Por isso, as duas observações levam a uma simples dedução:

— a responsabilidade *contratual* é *direta* e se compõe conforme a natureza do contrato administrativo, do que nele se contém, do que nele constituem relações e obrigações;

6. Rafael Entrena Cuesta, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, 1970, p. 619. V. Julio A. Prat, Responsabilidad del Estado por acto o hecho administrativo, Responsabilidad del Estado por acto legislativo, Responsabilidad del Estado por acto jurisdiccional, in op. et loc. cit., p. 2-6.

7. Renato Alessi, Responsabilità in materia contrattuale, in *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Milano, 1951, p. 246.

8. No Código Civil, arts. 139 e 160.

— a responsabilidade *extracontratual* é *indireta* porque provém de situações afetadas pela execução da obra ou serviço, sem que relações ou obrigações estejam comprometidas.

Evidentemente, estamos frente a duas posições, *uma* típica e natural do contrato, *outra* atípica e de direito pela projeção possível dos efeitos jurídicos. A distinção, de conhecimento prático, tem, em face da atividade administrativa consensual e legítima, o seu ponto de maior importância quando da existência de lesão ou lesividade.

366. RESPONSABILIDADE COMO GARANTIA LEGAL

In extenso, a responsabilidade administrativa e as sanções não são puramente *pessoais*, porque alcançam a Administração e obrigam a todas as pessoas públicas. Possuem caráter de *garantia legal* contra quem imputar-se a culpa⁹. Difícil, no entanto, é fixar *in concreto* os casos de responsabilidade extracontratual.

Não obstante, admitindo, por virtude das relações, que há uma responsabilidade *direta* com a pessoa jurídica pública respondendo *diretamente*, é razoável admitir a responsabilidade *indireta* ocorrente por motivo de culpa *in vigilando* ou *in eligendo* quando possa nascer de um *fato* da Administração¹⁰.

Em tese e no geral, compreenda-se que a responsabilidade extracontratual é a que surge fora da esfera contratual e sem a obrigação preexistente de cumprir ou de fazer, mas possível de atingir direitos na execução da obra ou na prestação do serviço. Em termos amplos, “é que o poder público, quando contrata, não tem melhores títulos que o particular”¹¹.

9. Rafael Bielsa, no seu tempo e conforme a doutrina dominante, aceitava que o Estado, como pessoa jurídica, só era responsável contratualmente, isto é, “em consequência da inexecução das obrigações *ex contractu*, mas não era responsável extracontratualmente, ou seja, *ex delicto* ou *quasi ex delicto*, em razão das pessoas jurídicas não poderem delinqüir” (v. *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1942, t. 1, p. 563). A colocação hoje não é mais aceitável de maneira tão radical. Contudo, o próprio mestre Bielsa recomenda o conhecimento do princípio da responsabilidade da Administração por atos dos seus agentes. Inclusive, em matéria de polícia, exemplificando, aponta inúmeras hipóteses de responsabilidade extracontratual (op. cit., t. 1, p. 580-1). Consultar: Alvino Lima, Da responsabilidade extracontratual sob o fundamento da culpa, in *Da culpa ao risco*, São Paulo, 1938, p. 26-85.

10. Com reservas consultar: Aldo M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1954, p. 443-5. Ademais, vale concordar com J. Guimarães Menegale, que “é aplicável ao Estado o princípio geral da culpa *in eligendo* e *in vigilando*” (v. *Direito administrativo e ciência da administração*, Rio de Janeiro, 1939, t. 2, p. 337).

11. José de Aguiar Dias, *Da responsabilidade civil*, Rio de Janeiro, 1960, v. 2, p. 657.

Na responsabilidade *extracontratual*, em oposto à *contratual*, apenas não existe uma relação de direito preexistente, vinculando a Administração ao co-contratante. São os fatos danosos que estabelecem a vinculação. Atos ou fatos positivos que decorram na ordem jurídica arranhada de culpa *extracontratual*.

367. DENUNCIAÇÃO DOS DANOS E APRECIÇÃO DA LESIVIDADE

Como no Direito Civil, no Direito Administrativo “a responsabilidade *extracontratual* escapa das regras próprias dos contratos”¹². Ficando porém claro que a *contratual* tem suporte na autonomia da vontade, conquanto a *extracontratual* não se ajusta a ela ou independe dela.

Não fica razoável que a doutrina, deixando de lado realidades constatáveis, procure amparar-se em posições que o próprio direito positivo ultrapassou na sua evolução¹³. Nos vários regimes, em face de peculiares construções jurídicas, mantiveram-se apenas as linhas-mestras fundamentais entre pessoas e coisas, atos e fatos, Administração e administrados.

É bastante saudável, por isso, no Direito Privado como no Direito Público, guardando as diferenças de origem e finalidade, conhecer a problemática da responsabilidade nos contratos por meio de fórmulas simples, adequadas e racionais. Visando, *in casu*, as relações e as obrigações em face dos efeitos, conforme situações anormais provocadas no corpo do pactuado, direta ou indiretamente¹⁴.

12. Consultar no sentido da analogia: René Savatier, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, Paris, 1939, t. 1, p. 140-4.

13. Nada fácil, a exemplo, aproximar, nas suas instituições públicas, o Direito brasileiro ou latino-americano do Direito dos Estados Unidos da América, no tocante, principalmente, ao problema da responsabilidade. Para ilustrar, como lembra Kenneth Culp Davis, o sistema inglês, em matéria de responsabilidade, não acompanhou as necessidades do Estado moderno, mantendo, no sentido das relações públicas, o princípio da irresponsabilidade estatal (v. *Administrative law*, London, 1951, p. 298). Nada mudou, na Inglaterra, até agora. O que é excelente para os Estados Unidos não o é para o Brasil. O que é bom para a Inglaterra, na tradição da *common law*, apenas inspira outras legislações e outros sistemas, porque ficam apenas os princípios objetivos.

14. No entendimento dos mestres italianos Guido Landi e Giuseppe Potenza, a responsabilidade *contratual* pressupõe a existência de um ato jurídico, de Direito Público ou de Direito Privado; a *extracontratual* prescinde da existência de um ato jurídico (v. *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 1960, p. 289-90). Para ambos, no primeiro caso, verificam-se relações de Direito Privado. No segundo, quando o sujeito, independente de uma precedente relação, fica atingido um direito subjetivo (op. cit., p. 304). O grande problema, na controvérsia da responsabilidade *direta* ou *indireta*, fica em saber quando a Administração deve responder por um seu próprio fato ou por fato de outros. O que importa, no entanto, na prática, é o fato danoso e a culpa provada.

Quando a doutrina diverge, afirmando que há ou não há responsabilidade extracontratual, não deixa de ser unânime na denúncia dos danos ou pacífica na apreciação da lesividade. O que o Direito protege, nos regimes, dando amparo legítimo, é a licitude da atuação administrativa, não a atividade de consequências negativas.

Efetivado o *dano*, torna-se avaliável a responsabilidade. Pela causa que motivou o *dano* qualifica-se a natureza da responsabilidade. Se a lesão deu-se no regime do contrato, em razão direta do acordo concluído pela Administração, a responsabilidade é apenas contratual. Fora do contrato, afetando relações e obrigações formalizadas, a responsabilidade é extracontratual.

368. RESPONSABILIDADE FORA DO CONTRATO

Todavia, na prática, a teoria da responsabilidade *contratual*, à parte da teoria da responsabilidade *extracontratual*, é a que melhor corresponde à lógica jurídica. Se houve uma causa preexistente ao contrato administrativo tornando-o impossível, aí está outra hipótese flagrante de responsabilidade fora do contrato.

Vem da tradição românica, em qualquer tipo de relação jurídica consentida, a idéia hoje pacífica da reparação do dano causado. Sem dúvida, “permanece bem viva a herança romana, porque agora, como então, o mundo civilizado continua fiel à idéia tradicional da culpa”¹⁵.

A inspiração dos princípios civis valeu como muito vale ao Direito Administrativo, fundando na culpa o direito à reparação, desde que haja a violação de um dever de não acarretar prejuízo a outrem. Daí porque a responsabilidade *extracontratual*, embora menos corrente que a *contratual*, traz em si também a imposição de indenizar, ou reparar.

Só pela *culpa* porém, diante de uma causa de culpabilidade, é possível determinar de onde partiu a lesão e como se projetou, a fim de qualificar a responsabilidade. Somente a *causa*, nas relações, torna real e não aparente o dano produzido, já que pela origem as diferenças se fazem existentes.

Via de regra jurídica geral, para o analista ou intérprete dos contratos administrativos também duas situações surpreendem do conhecimento objetivo, colocadas assim em termos concretos:

— “*culpa contratual* é a violação de determinado dever, inerente a um contrato”;

15. Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*, São Paulo, 1975, v. 5, p. 386; Lino de Moraes Leme, *A culpa aquiliana no direito romano*, in *Da responsabilidade civil fora do contrato*, São Paulo, 1927, p. 12.

— “culpa extracontratual ou aquiliana é a resultante da violação de dever fundado em princípio geral de direito, como a de respeito à pessoa e bens alheios” ¹⁶.

Não se pode afirmar, nem precisar, com absoluto rigor temático, quando a culpa extracontratual prejudica a execução ou a prestação de serviços públicos, envolvendo a Administração em responsabilidade. Mas diante da evidência da lesão ou dano é possível saber da natureza do evento lesivo e quem tem a obrigação de reparar.

369. RELAÇÃO DE CAUSA E EFEITO PRODUZINDO PREJUÍZOS

Já que a responsabilidade da Administração está intimamente ligada “a uma relação de culpa e efeito ou a um vínculo de causalidade”, é essa *relação* que sensibiliza o Direito Administrativo no estudo dos contratos públicos, pois a culpa quando imputável desloca o problema para o direito reparatório ¹⁷.

Trata-se porém de conhecer quais as manifestações de atividade administrativa “susceptíveis de produzir, na esfera jurídica dos administrados, danos indenizáveis” e que de plano, “de maneira direta ou indireta, possam refletir nas relações e obrigações contratuais” ¹⁸.

De modo generalizante, as situações ficam dimensionadas pelos seguintes aspectos aceitos como viáveis ou acontecíveis, porque prováveis na operatividade administrativa:

— em primeiro lugar as que decorrem de “atos ilícitos praticados com culpa imputável à Administração”;

— depois, “a atividade que se traduza no funcionamento de serviços administrativos perigosos ou no desenvolvimento de atividades perigosas”;

— finalmente, “a atividade que a Administração exerça à sombra da lei, mas que importe em sacrifício de direitos individuais” ¹⁹.

16. Washington de Barros Monteiro, op. cit., v. 5, p. 387; Lino Moraes Leme, A responsabilidade indireta, in *Da responsabilidade*, cit., p. 80-3.

17. M. Roger Pinto, *Cours de droit administratif spécial*, Paris, 1959/60, p. 260-5. Em termos: “Para que a responsabilidade tenha lugar e para que nasça o direito indenizatório é suficiente que a atuação do agente público esteja relacionada com o serviço ou órgão público e que haja um vínculo direto de causalidade entre a ação ou omissão e o dano produzido” (v. Hugo Caldera Delgado, Teoría del órgano, Estado de derecho y responsabilidad del Estado, *Revista de Derecho Público*, 25/26:167, Santiago de Chile, 1979).

18. Marcello Caetano, *Princípios fundamentais do direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1977, p. 538.

19. Marcello Caetano, op. cit., p. 538-40.

Nos contratos, concluídos com e pela Administração, a incidência das hipóteses apontadas constitui verdades circunstanciais não impossíveis de acontecer, cabendo à doutrina conduzir os princípios com base na lei, no ordenamento jurídico positivo e respeitando nos acordos contratuais as estipulações consensualmente sagradas.

O *prejuízo*, conseqüente de lesão ou de culpa imputável, realiza por isso “uma regra geral de responsabilidade encontrável no Direito Privado e igualmente no Direito Administrativo”, inclusive “no regime da responsabilidade extracontratual”²⁰. Na verdade, como regra geral, não distingue pessoas e não conhece privilégios.

20. André de Laubadère, op. cit., t. 2, p. 71.

Capítulo XLVIII

RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA INDENIZATÓRIA

Sumário: 370. Subordinação ao regime do contrato. 371. Existência de prejuízo. 372. Culpa e responsabilidade. 373. Requisitos e fundamentos. 374. Responsabilidade contraída das obrigações. 375. Reparação dos prejuízos. 376. O prejuízo na reparação indenizatória. 377. O dever-obrigação de reparar.

370. SUBORDINAÇÃO AO REGIME DO CONTRATO

Ninguém pode *sem responder* dar prejuízo a outrem nas relações administrativas, muito menos provocar lesões patrimoniais ou de qualquer natureza jurídica. Este é o princípio fundamental. A intenção ou a vontade, a culpa ou a inexistência de culpa, fazem logicamente *condições* somente apreciáveis nos casos concretos.

Superada a longa fase, inspirada pela influência de doutrinadores que se inclinavam em favor das prerrogativas estatais, não há mais razão preponderante agora para falar em subordinação do administrado, desigualdade jurídica das partes ou de interesses opostos nos propósitos perseguidos ¹.

Nos contratos administrativos, tais como se formam e realizam, verificados os valores de consensualidade, comutatividade e onerosidade, as partes se integram harmonicamente buscando a mesma finalidade por meio de uma unidade substancial que decorre:

1. A linha doutrinária, por muito tempo dominante, em virtude sobretudo dos regimes nacionais, teve origem na documentada contribuição de Gaston Jèze, depois que divulgou, nos *Principes généraux*, os três volumes sobre *Contrats administratifs*, lá em 1926. Quase na mesma oportunidade, no ano de 1927, edita-se *Los contratos administrativos*, de Recaredo F. de Velasco. Anos depois, Georges Péquignot, com sua *Théorie générale des contrats administratifs*, de 1945, plantava dúvidas que até hoje perduram em torno das contratações públicas. Em 1952, Miguel Angel Berçaitz, na sua *Teoría general*, consolidou princípios e apagou algumas dessas dúvidas, prestando grande colaboração de conhecimento doutrinário. São todos esses valores históricos de cultura jurídica pública que não podemos desprezar, embora não pudessem ter previsto tendências que logo mais se afirmam diante do respeito pela vida dos direitos.

— de interesses que são *comuns* na satisfação de uma mesma finalidade pública, nunca *opostos* porque visam alcançar objetivos comuns;

— de interesses que, *não opostos*, têm suporte jurídico nas relações estabelecidas e nas obrigações contratuais assumidas;

— de obrigações *de fazer* ou *realizar* que se equivalem na colaboração ou participação do administrado a exatas obrigações da Administração.

A subordinação jurídica, da Administração e do administrado, é ao contrato assinado e devidamente formalizado. As prerrogativas, ou os privilégios, de parte da Administração, ficam adstritas ao controle do contrato, à fiscalização da execução ou da prestação do serviço, devendo, *in concreto*, prevalecer o interesse público quando prejudicado.

371. EXISTÊNCIA DE PREJUÍZO

Portanto, afastadas especulações inúteis, na normalidade ou na anormalidade da execução ou prestação, a existência de um prejuízo faz “condição de responsabilidade contratual”². O que importa, por motivo das relações, redunda em saber quem é a pessoa responsável ou quem deve responder, se a Administração, se o co-contratante.

Tudo o mais constitui, quando existem conseqüências jurídicas prejudiciais nascidas dos efeitos da execução ou prestação, simples divagação doutrinária. Concreta a lesão, efetivo o dano, avaliável a lesividade, toda problemática se desloca para a certeza do direito que deságua na reparação ou na indenização³.

O dano é assim, como a lesão sofrida carreando prejuízo, o elemento indispensável à figuração da responsabilidade administrativa nos contratos. Num mesmo plano jurídico ficam, com respeito às contratações públicas, as obrigações anteriormente assumidas e as obrigações conseqüentes a elas posteriores.

Não há aqui um problema maior, porque de parte da Administração sobram instrumentos capazes de controle e fiscalização, conquanto da parte do particular não imputável restam apenas os recursos reparatórios gerados de fatos ou obrigações não cumpridas. A reparação, *in casu*, fazendo valor jurídico indenizatório.

Todavia, existe um requisito circunstancial indispensável para que haja definida responsabilidade: aquele em que o dano ou a lesão resulte da

2. André de Laubadère, L'existence d'un préjudice, condition de la responsabilité contractuelle, in *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris, 1956, t. 2, p. 71-2.

3. André de Laubadère, op. cit., t. 2, p. 80-1.

impossibilidade da execução ou da inexecução, da prestação ou má prestação. O aponte se faz necessário porque o que fica em análise, em face do direito ressarcitório, é precisamente o conteúdo exato das obrigações. Importa, e muito, a ocorrência de prejuízos e em decorrência *do que* possam ser avaliáveis.

372. CULPA E RESPONSABILIDADE

Se a responsabilidade administrativa é definitivamente contratual, no tocante a lesões ou descumprimento do acordo, o seu fundamento no sentido reparatório é também de direito comum. Por este, realmente, realizam-se a exigência das prestações e a prova da culpa, não obstante razões de interesse público possam explicar a atuação negativa.

Pelo conhecimento das relações, entretanto, pode o interesse público não justificar essa atuação negativa, cabendo, em face da apuração da culpa, ao direito comum suprir nos conflitos quem é o responsável ou quem deve reparar os danos emergentes advindos de atividade produtora de situações preñhes de lesividade ⁴.

A vontade da Administração, aplicando princípios inclusos na própria soberania (*fato do príncipe*), não a torna imune à responsabilidade de indenizar integralmente pelos prejuízos que vulnerem ou alterem o contrato, embora a reparação possa não atingir os limites esperados pelo co-contratante ⁵.

A indenização integral traz no seu bojo, como regra jurídica, duas conseqüências: a da avaliação dos danos emergentes (*damnum emergens*) e a da fixação dos lucros cessantes (*lucrum cessans*), já que o problema afetando as obrigações diz tão-somente, *in casu*, com os prejuízos indenizáveis ⁶.

Do exposto, resulta que as decisões administrativas fundadas em fatos (do *príncipe* ou de *administração*), não podendo produzir efeitos próprios de força maior, nem conseqüências definitivas ou que perdurem, no entanto produzem responsabilidade quer quanto à normalidade da execução ou quanto à prestação na economia do contrato.

4. Contudo, "as partes contratantes não só podem limitar ou ampliar sua responsabilidade ou irresponsabilidade diante da força maior, como também podem convencionar o que, no atinente às relações contratuais, há de entender-se por força maior". Os prejuízos, portanto, deixando de lado a incidência da culpa, na questão acima proposta, podem ser apreciados pelas partes, pois a colocação "tem plena vigência em matéria de contratos administrativos" (v. Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1978, t. 3-A, p. 357-8).

5. André de Laubadère, op. cit., t. 3, p. 62-4; Miguel S. Marienhoff, op. cit., t. 3-A, p. 490.

6. André de Laubadère, op. cit., t. 3, p. 67.

373. REQUISITOS E FUNDAMENTOS

Duas indagações, em razão da lesividade, dano ou prejuízo, exigem adequado posicionamento jurídico, para se conhecer:

— quais os requisitos que concorrem para a procedência indenizatória?

— quais os fundamentos que colocam a Administração na obrigação de indenizar?

Não discutindo relações, mas apreciando obrigações vinculadas ao contrato, criando reciprocidade nos direitos, duas também são as respostas na prática jurídico-administrativa:

— quanto aos *requisitos*, que os prejuízos sejam reais, efetivos e ressarcíveis, atendendo o ato ou o fato gerador do dano-lesão;

— com respeito aos *fundamentos*, que haja a culpa, individualizando a medida danosa ou prejudicando materialmente o co-contratante.

Na primeira hipótese, dos *requisitos*, o problema ganha dois aspectos, o do *dano* que é *patrimonial* e o da *lesão* que é de *direito*, ambos os aspectos dando figuração jurídica ao *prejuízo*. Há aqui, pois nada fica difícil de verificar, o *dano* nas características econômicas e a lesão infringindo o regime contratual e o direito comum.

Na segunda, dos *fundamentos*, a questão tem origem no ato ou fato prejudicial, culpável por excelência quando a atividade exercida produz efeitos contrários à normalidade do acordo. A culpa, resultando em dano ou lesão, contratual ou extracontratual, desde que provada, impõe a reparação dos prejuízos.

Obviamente, o ato, ou o fato, que parta da Administração necessita vir editado ou manifestado de maneira tal que altere a economia financeira do contrato, ficando o administrado reduzido a encargos que excedam a todas as previsões, ou seja, assumindo uma carga onerosa difícil de corresponder às normais obrigações contidas no pactuado⁷.

Incontesté, que em matéria de responsabilidade, contratual ou extracontratual, existe uma vinculação de dependência ao ordenamento jurídico, não desconhecida pelo próprio Direito Administrativo. O que é quase impossível de verificar, havendo um ato ou um fato, é a existência de responsabilidade *sem culpa*⁸.

7. Miguel S. Marienhoff, no seu *Tratado*, estuda com exaustão estes vários aspectos da responsabilidade (v. t. 1, p. 289; t. 2, p. 629-30; t. 3-A, p. 497-9), dando relevo ao que chama “direito subjetivo que o contrato administrativo reconhece ou cria em favor do co-contratante”.

8. Outra vez, mestre Marienhoff coloca a questão com realismo, sustentando que a responsabilidade contratual sem culpa representa papel análogo ao que representa o princípio de igualdade ante os encargos públicos, da mesma maneira que a responsabilidade extracontratual sem culpa. Acompanha Laubadère adotando uma posição construtiva e que resulta lógica acerca do *fato príncipe* (v. *Tratado*, cit., t. 3-A, p. 497; *Traité*, cit., t. 3, p. 64-5).

Na verdade, não só os direitos subjetivos, que o contrato administrativo reconhece ou cria para o co-contratante, merecem a proteção da ordem jurídica e o apreço do hermenêuta, mas toda e qualquer manifestação, provada lesiva nas suas consequências jurídicas e que demanda ressarcimento, também sensibiliza o direito *posto*.

374. RESPONSABILIDADE CONTRAÍDA DAS OBRIGAÇÕES

Não é porque uma instituição esteja colocada fora do Direito Privado que não possa ajustar-se aos conceitos jurídicos fundamentais e aos princípios sobre os quais repousam os interesses protegidos e os direitos assegurados. Antes de tudo, preexiste a ordem jurídica geral, o *direito* na sua unidade social e orgânica.

Preciso é apenas distinguir, tanto as situações emergentes de um contrato administrativo como a responsabilidade contraída nas obrigações, conhecendo necessariamente os pontos de comunhão entre as instituições privadas e as de direito público. A distinção, problema de relações, caracteriza as situações jurídicas.

Em síntese de análise crítica, no contrato administrativo a responsabilidade administrativa, observadas as variantes de motivação e finalidade de interesse público e de serviço, todo e qualquer dano ou lesão causando prejuízos, decorre:

— de o co-contratante ficar virtualmente obrigado às prestações que a Administração exigiu na convocação e formalização do acordo consensualizado mediante exatas condições de reciprocidade;

— de a Administração ficar *estritamente* obrigada a cumprir, como a garantir os termos do acordo formalizado, assegurando na execução ou prestação os resultados econômico-financeiros acertados.

A responsabilidade, portanto, que nasce de um contrato concluído com a Administração, projeta-se na execução ou prestação conforme o elemento-princípio da determinação do objeto-finalidade, substancial em si mesmo nas relações jurídicas que o determinaram, assente em obrigações sem as quais inexistiria o regime contratual⁹.

9. “Julgamos possível como obrigação de direito público o vínculo de caráter patrimonial por virtude do qual um sujeito de direito fica adstrito para com outro a uma prestação, cujo efetivo montante é determinado por ato da Administração. A noção de contrato administrativo, ou público, está intimamente relacionada com a de obrigação administrativa, ou de direito público. Melhor: é a especial natureza das obrigações emergentes, o traço específico dos contratos administrativos” (v. João de Melo Machado, *Teoria jurídica do contrato administrativo*, Coimbra, 1936, p. 278). É essa uma idéia consolidada na doutrina, a das obrigações levando à responsabilidade. Da manutenção do contrato, livre acordo ou convenção, na sua estabilidade enquanto *normal*, reexaminável nas circunstâncias *anormais*, já que o princípio da imprevisão tem caráter manifestamente excepcional.

Ademais, não falando dos instrumentos de que dispõe a Administração, a responsabilidade administrativa indenizatória é uma óbvia consequência jurídica da existência de prejuízos específicos, pois “trata-se de um *princípio geral de direito* aplicável em todos os supostos casos de lesão patrimonial particular e não somente nos casos desapropriatórios” ¹⁰.

Convém lembrar que mesmo diante dos requisitos e fundamentos do direito de indenização na ordem jurídica geral e comum, permanece nas relações um fundamento de *ordem moral* nas vezes em que a Administração, retardando obrigações, coloca em risco a posição do administrado, embora não haja circunstâncias extraordinárias justificando tal procedimento.

375. REPARAÇÃO DOS PREJUÍZOS

Tanto o dano como a lesão, formando a figura do *prejuízo*, possivelmente à maneira da *imprevisão*, constituem *desequilíbrio econômico* que prejudica uma das partes contratantes. O *prejuízo*, resultante do dano ou da lesão, diz com o contrato e seu regime. A *imprevisão*, quebrando a equação financeira, sempre surge *a posteriori* ¹¹.

O contrato, no tocante à responsabilidade administrativa, vale por si mesmo, conforme estipulações que qualifiquem o seu regime. As condições, insertas nas cláusulas, não fazem meras fórmulas de relação, mas disposições obrigatórias. Na realidade, as obrigações constituem normas de adequado comportamento. A violação, produzindo *prejuízo*, leva a uma conseqüente *obrigação de reparar*.

In casu, a expressão *reparar* significa *indenizar*, simplesmente pagar pelos prejuízos. Tudo porém parte do descumprimento por uma das partes do que foi exatamente convencionado, afetando a relação jurídica e comprometendo a obrigação devida. Não havendo acontecimento estranho perturbando a execução ou a prestação, nem medidas possíveis que possam manter íntegro o acordo, caracteriza-se a responsabilidade.

Todavia, para avaliação da responsabilidade, é indispensável *quebra* na equação econômico-financeira, *transtorno* que perturbe a execução ou a prestação, a fim de que na prática seja juridicamente viável apontar o responsável pelo não-cumprimento das obrigações. Tudo porém depende das circunstâncias de cada caso concreto.

Com respeito ao direito de ressarcimento, ao montante da indenização a ser fixada, sofrido o contrato com a perda do equilíbrio econômico-financeiro, pode o ressarcimento, em princípio, resultar no interesse público

10. Miguel S. Marienhoff, op. cit., t. 3-A, p. 499.

11. Miguel S. Marienhoff, op. cit., t. 3-A, p. 505.

do entendimento das partes¹², na falta de entendimento dos *modos* cabíveis nos sistemas conforme previne a intervenção judicial.

Por trás porém do problema da responsabilidade administrativa, a ordem jurídica impõe, nas relações da Administração com administrados, uma conduta que não seja lesiva ou prejudicial ao direito de outrem, pois um erro nesta conduta, um desvio deste agir normal determinará a responsabilidade, obrigando à reparação do dano¹³.

Em essência, consistindo a culpa na violação de uma obrigação preexistente ou resultado de um ato-fato de consequências lesivas, a responsabilidade advém das condições normais ajustadas ou de situações excepcionais. O que se deve ter em vista é o responsável pelo dano, assegurando ao lesado a reparação dos prejuízos.

O fundamento da responsabilidade, pois, que decorre de ato provado ou fato acontecido, baseia-se na esfera da Administração ativa, na omissão ou no dano produzindo prejuízos, na relação de causalidade entre o ato ou o fato nascidos da culpa, já que a reparação visa nos contratos restabelecer o equilíbrio de interesses e direitos.

O caráter objetivo que tem a responsabilidade administrativa nos contratos, decorre pura e exclusivamente dos prejuízos causados ao co-contratante, e, não sendo um caso de inadimplência no tocante às obrigações, gera *vinculum juris* o direito de pedir reparação, *direito* que surge do dever de se compensarem os sacrifícios suportados legalmente na reciprocidade.

376. O PREJUÍZO NA REPARAÇÃO INDENIZATÓRIA

O direito à indenização nos contratos administrativos resulta necessariamente da responsabilidade contratual ou extracontratual, tal seja a origem e a natureza da lesão ou dano que deva ser reparado. Situado o problema da *culpa*, resta avaliar os prejuízos emergentes, pelo possível desfazimento original do acordo.

Sem dúvida, são inúmeras as hipóteses a serem flagradas: a da intervenção no contrato, a da rescisão unilateral, a da anulação, a da alteração da convenção, a da possível revogação, considerando mesmo no interesse público:

- o estado da obra ou serviço;
- o *não*-descumprimento das cláusulas obrigacionais;
- fatos materiais que venham anormalizar a execução ou a prestação.

12. Jean Rivero, *Droit administratif*, Paris, 1962, p. 113; André de Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, 1963, t. 1, p. 495.

13. Alvino Lima, *Da culpa ao risco*, São Paulo, 1938, p. 41-2.

Na primeira hipótese, tendo em vista o caráter obrigatório da execução ou prestação, a reparação indenizatória destaca a existência de interesses compensatórios, desde que não tenha havido até o momento violação das obrigações. O prejuízo, a ser avaliado, corresponde à paralisação do pactuado, não podendo apenas o co-contratante discutir motivos de interesse público ¹⁴.

Na seguinte, não ocorrendo violação das obrigações, a Administração, rompendo o acordo, responde por danos e perdas, embora a sua conduta seja ditada pelo interesse público, a não ser que o contrato contenha cláusulas de *não-responsabilidade*, pois, em nome de um interesse *maior*, pode a Administração modificar a convenção ou alterar as obrigações ¹⁵.

Na terceira hipótese, fundada na imprevisão, não havendo entendimento entre as partes, nem cláusulas limitativas da responsabilidade, os prejuízos ocorrentes em face da igualdade no contrato hão de corresponder à igualdade dos encargos, conforme os efeitos produzidos na economia da convenção, ou seja, *efeitos* que vulnerem o equilíbrio financeiro ¹⁶.

O prejuízo, exigindo reparação indenizatória, aparece integral, parcial ou moral, fazendo responsabilidade administrativa. Não é, contudo, inseparável de critérios avaliatórios. *Critérios* que são econômicos e monetários, variáveis para que não comportem excessos, não tão variáveis que não cubram tecnicamente os danos efetivos.

377. O DEVER-OBRIGAÇÃO DE REPARAR

Na extensão, os prejuízos constituem questões *de fato*, transformadas em questões *de direito*. Evidentemente por antecipação, ou *in abstracto*, não existem soluções fixadas ou únicas. Somente, porém, “critérios ge-

14. Exemplo: “en matière de responsabilité quasi-délictuelle de l'Administration, le préjudice moral donne lieu à réparation comme le préjudice matériel” (v. Laubadère, op. cit., t. 2, p. 73).

15. “Outro direito do co-contratante é o de ser *ressarcido* quando seu contrato é extinto pela Administração invocando razões de oportunidade, mérito ou conveniência. Trata-se, no suposto, de revogação. Embora a impropriedade de linguagem, na espécie, ser rescisão unilateral, não se trata de tal, senão de revogação por razões de oportunidade” (v. Marienhoff, op. cit., t. 3-A, p. 468).

16. Naturalmente, a responsabilidade, aqui, depende das características do contrato. Não se tratando de incumprimento das obrigações, mas de transtornos que atingem o contrato por via reflexa, o acordo deve ser analisado na sua categoria. Evidente que a responsabilidade da Administração e o equilíbrio econômico-financeiro “completam-se entre si” (v. Laubadère, op. cit., t. 3, p. 64-5). É de afirmar: as regras gerais de avaliação dos prejuízos não são diferentes daquelas que se aplicam nos casos de responsabilidade administrativa por quebra das obrigações contratuais (idem, op. cit., t. 3, p. 68).

rais” 17. O que será preciso, com exatidão, de maneira positiva, é harmonizar a lesividade com o direito do co-contratante.

Desde que a indenização visa reparar prejuízos, em virtude do *imprevisto* gerador de danos não ser *previsível* no momento da celebração do contrato, o problema da responsabilidade encontra formal procedência em valores ativos que, perturbando a equação econômica, tornam-se incompatíveis com as normais obrigações contratuais anormalizadas ou violentadas.

O que se entende, então, nas hipóteses apontadas, por responsabilidade administrativa? Tanto na imprevisão como na lesão, quebrada a equação econômico-financeira, ficando o contrato prejudicado na execução ou prestação, a responsabilidade na normalidade contratual pertence à Administração quando imputável. É a resposta.

Na sua aplicação, o princípio da responsabilidade, tendo em conta a base do seu fundamento jurídico-positivo, subordina a Administração ao dever-obrigação de reparar 18. A natureza do contrato, porém, é que decide. E os recursos se promovem nos limites da legalidade, isto é, no tocante ao conhecimento da situação jurídica tutelada ou protegida.

A lesividade, afetando a normalidade dos contratos administrativos, tira-lhes a estabilidade jurídica. Qualquer que seja a posição que se adote, o certo é que, na realidade administrativa, a responsabilidade das partes, na execução ou prestação, concorre para evitar conflitos que desarmonizem o interesse público e o interesse particular.

17. Miguel S. Marienhoff, op. cit., t. 3-A, p. 482.

18. “A indenização tem suporte no próprio contrato, considerando o princípio da equidade e o princípio da igualdade de todos diante dos encargos públicos” (v. Georges Péquignot, *Des contrats administratifs*, Paris, 1953, p. 11). Por outro lado, “a responsabilidade da Administração não se limita ao fato de seus agentes; estende-se, também, ao fato das coisas ao seu serviço” (v. Ruy Cirne Lima, *Princípios de direito administrativo*, Porto Alegre, 1964, p. 203).

Índice Onomástico

(Pela ordem de citação nos respectivos capítulos)

PRIMEIRA PARTE

Capítulo I: Jesus Luis Abad Hernando — Maurice Hauriou — Georges Renard — Caio Tácito — Eduardo Soto Kloss — Recaredo F. de Velasco — Royo Villanova — Augusto Tavares de Lyra Filho — Rubem Rosa — Alberto Ramón Real — Marcello Caetano — João de Melo Machado — Allan R. Brewer Carías — Jacobo Wainer — Gaston Jèze — Carlos García Oviedo — André de Laubadère — Henrique Nageboren.

Capítulo II: Hely Lopes Meirelles — Gaston Jèze — Julio A. Prat — Massimo Severo Giannini — Guido Zanobini — Bartolome A. Fiorini — Recaredo F. de Velasco — Sabino Alvarez Gendín — Mario Gallo — Jean Rouvière — Cesare Cammeo — Miguel Angel Berçaitz — Georges Péquignot — André de Laubadère — Henri Zwalhen — Juan Carlos Cassagne — Marcello Caetano — Manuel Maria Diez — José Roberto Dromi — Jorge Artur Morsch.

Capítulo III: André de Laubadère — Julio A. Prat — Themístocles Brandão Cavalcanti — Recaredo F. de Velasco — Hely Lopes Meirelles — Bartolome A. Fiorini — Diogo de Figueiredo Moreira Neto — Manoel Ignácio Carvalho de Mendonça — Silvio Rodrigues.

Capítulo IV: Rogério Guilherme Ehrhardt Soares — Pierre Vigny — M. Roger Pinto — Agustín A. Gordillo — Lafayette Pondé — Miguel Angel Berçaitz — Marcello Caetano — Manoel Ignácio Carvalho de Mendonça — Gaston Jèze — João de Melo Machado — Bartolome A. Fiorini — Eduardo Soto Kloss.

SEGUNDA PARTE

Capítulo V: Enrique Sayagues Laso — Juan Carlos Cassagne — André de Laubadère — Pierre Vigny — Guido Zanobini — Miguel Angel Berçaitz — Rafael Bielsa — Gaston Jèze — Fritz Fleiner — George Jellinek — José Roberto Dromi — Bartolome A. Fiorini — Themístocles Brandão Cavalcanti.

Capítulo VI: Miguel Angel Berçaitz — Caio Tácito — Gaston Jèze — Guido Landi — Giuseppe Potenza — Eustorgio Sarria — Bartolome A. Fiorini — Recaredo F. de Velasco — Miguel S. Marienhoff — Jean Rivero — Georges Péquignot — Roger Bonnard — André de Laubadère — Marcello Caetano.

Capítulo VII: Bartolome A. Fiorini — André de Laubadère — Gaston Jèze — Roger Bonnard — Recaredo F. de Velasco — Léon Duguit — Miguel Angel Berçaitz — Miguel S. Marienhoff — Sabino Alvarez Gendín — Cesare Cammeo — Honorato Sepe — Eduardo García de Enterría — Eustorgio Sarria — Pierre Vigny — Maurice Hauriou — Georges Péquignot — Hely Lopes Meirelles — Julio A. Prat.

Capítulo VIII: Jesus Luis Abad Hernando — Rafael Bielsa — E. Lafferrière — Léon Duguit — Maurice Hauriou — Manuel Colmeiro — Santo Romano — Marcel

Waline — Georges Vedel — Renato Alessi — Fernando Garrido Falla — Ernst Forsthoff — Recaredo F. de Velasco — Miguel S. Marienhoff — Miguel Angel Berçaitz — Eustorgio Sarria — André de Laubadère — Manuel Maria Diez — Gaston Jèze — Bartolome A. Fiorini — Agustín A. Gordillo — Guido Landi — Giuseppe Potenza — Guido Zanobini — José Cretella Júnior.

TERCEIRA PARTE

Capítulo IX: Sergio de Andréa Ferreira — André de Laubadère — Georges Péquignot — José Cretella Júnior — Julio A. Prat — Luis Enrique Chase Plate — Henri Zwalhen — Miguel S. Marienhoff — Justo Pucheta Ortega — M. Roger Pinto — Jean Rivero — João Alves da Rocha Loures — Darci Bessone de Oliveira Andrade.

Capítulo X: Miguel Angel Berçaitz — Bartolome A. Fiorini — Hely Lopes Meirelles — Marcello Caetano — André de Laubadère — Enrique Sayagues Laso — Miguel S. Marienhoff — Recaredo F. de Velasco — Aldo M. Sandulli — Arnaldo Medeiros da Fonseca.

Capítulo XI: Hely Lopes Meirelles — Jean Rouvière — Georges Péquignot — José Cretella Júnior — Sergio de Andréa Ferreira — Marcello Caetano — Julio A. Prat — João de Melo Machado — Arnaldo Medeiros da Fonseca — Enrique Sayagues Laso — André de Laubadère — Gaston Jèze — Miguel S. Marienhoff.

Capítulo XII: Gaston Jèze — André de Laubadère — Julio A. Prat — José Roberto Dromi — Fernando Garrido Falla — Marcello Caetano — Miguel S. Marienhoff — Mario Gallo — Michele Cantucci — Miguel Angel Berçaitz — Hely Lopes Meirelles — Recaredo F. de Velasco.

QUARTA PARTE

Capítulo XIII: Rafael Bielsa — Jesus Luis Abad Hernando — Juan Carlos Cassagne — André de Laubadère — Georges Péquignot — Miguel Angel Berçaitz — Pierre Vigny — Guido Landi — Giuseppe Potenza.

Capítulo XIV: Miguel Angel Berçaitz — Mario Gallo — André de Laubadère — Alberto Ramón Real — Jaime Vidal Perdomo — Recaredo F. de Velasco — Miguel S. Marienhoff — Cesare Cammeo — Bartolome A. Fiorini.

Capítulo XV: Sabino Alvarez Gendín — Gilbert Madray — Oreste Ranelletti — João de Melo Machado — Jacobo Wainer — Cesare Cammeo — J. D. B. Mitchell — José Luiz Gonzalez — Berenguer Urritia — Francesco di Renzo — Maurice Thomas — Leonardo D. White — Rodolfo Bledel — W. F. Willoughby — Maurice Hauriou — Raffaele Resta — Miguel Angel Berçaitz — Miguel S. Marienhoff — Gabino Fraga — Enrique Silva Cimma — Eduardo Soto Kloss — Allan Randolph Brewer Carías — Jacobo Wainer — Otto Mayer — Fritz Fleiner — Ernst Forsthoff — Julio A. Prat — Eustorgio Sarria — Jaime Vidal Perdomo — Antonio Marcelo da Silva — Hely Lopes Meirelles — José Mattos de Vasconcellos.

Capítulo XVI: Jacobo Wainer — José Mattos de Vasconcellos — Francisco José de Souza — Celso Antonio Bandeira de Mello.

QUINTA PARTE

Capítulo XVII: Léon Duguit — Maurice Hauriou — Gaston Jèze — André de Laubadère — Guido Zanobini — Mario Gallo — Recaredo F. de Velasco — Rafael Bielsa — Miguel Angel Berçaitz — Miguel S. Marienhoff — Jean Rouvière — Cesare Cammeo — Oswaldo Aranha Bandeira de Mello — Themístocles Brandão Cavalcanti — Fritz Fleiner — Otto Mayer — Paul Laband — Enrique Sayagues Laso — Hely Lopes Meirelles — José Cretella Júnior — Mario Masagão — Caio Tácito — Tavares de Lyra Filho — Ruy Cirne Lima — Arnold Wald — Antonio Marcelo da Silva — Walmor Franke — Lino de Moraes Leme — Paulo Carneiro — José Saldanha da Gama e Silva — Agustín A. Gordillo.

Capítulo XVIII: Rafael Bielsa — Marcel Waline — Georges Vedel — André de Laubadère — José Cretella Júnior — Hely Lopes Meirelles — Julio A. Prat — Recaredo F. de Velasco — Miguel Angel Berçaitz — Miguel S. Marienhoff — Enrique Sayagues Laso — Diogo de Figueiredo Moreira Neto.

Capítulo XIX: M. Roger Pinto — Pierre Vigny — Bartolome A. Fiorini — Georges Vedel — Jean Rivero — André de Laubadère — Francis Paul Benoît — Manuel Maria Diez — Hely Lopes Meirelles — Miguel S. Marienhoff — Georges Péquignot — G. Himário — Miguel Angel Berçaitz.

Capítulo XX: José Cretella Júnior — Enrique Sayagues Laso — André de Laubadère — Jean Rouvière — Recaredo F. de Velasco — João de Melo Machado — Sérgio de Andréa Ferreira — Guido Landi — Giuseppe Potenza — Mario Gallo — M. Roger Pinto.

SEXTA PARTE

Capítulo XXI: Giovanni Miele — Rogério Guilherme Ehrhardt Soares — Carlos García Oviedo — Recaredo F. de Velasco — Adolfo Posada — Léon Duguit — Santamaria de Paredes — Otto Mayer — Enrico Presutti — Gaston Jèze — Maurice Hauriou — Silvio Trentin — Arnaldo de Valles — Tito Prates da Fonseca — Fritz Fleiner — Rafael Bielsa — Ernst Forsthoff — Ugo Forti — Massimo Severo Giannini — Fernando Garrido Falla — Manuel Maria Diez — Georges Vedel — Yorodzu Oda — Guido Zanobini — Jean-Louis de Corail — Hely Lopes Meirelles — Miguel S. Marienhoff — Marcello Caetano — Jaime Vidal Perdomo — John Bauer — W. M. Wharry Júnior — M. Edwar Dimock — James C. Bonbright — Salvatore Cimmino — André Demichel — M. Depax — James M. Landis — F. M. Morstein — Alfonso Perez Moreno — F. Trevoux — Jean de Soto — Luis Anhaia Mello — Layr Paletta de Resende Tostes — J. H. Meirelles Teixeira — Plínio A. Branco — Bilac Pinto.

Capítulo XXII: Bartolome A. Fiorini — Julio A. Prat — André de Laubadère — Eduardo Soto Kloss.

Capítulo XXIII: Hely Lopes Meirelles — José Cretella Júnior — Diogo de Figueiredo Moreira Neto — Bartolome A. Fiorini — Marcel Waline — André de Laubadère — Rafael Bielsa — José Maria Boquera Oliver — Julio A. Prat — Luis Rafael Meyer.

Capítulo XXIV: Mario Gallo — Gaston Jèze — Recaredo F. de Velasco — Hely Lopes Meirelles — Julio A. Prat — Miguel Angel Berçaitz — Eduardo Soto Kloss.

SÉTIMA PARTE

Capítulo XXV: José Cretella Júnior — Recaredo F. de Velasco — Miguel Angel Berçaitz — Marcel Waline — Jean Rivero — André de Laubadère — Antonio Cianflone — L. de Carli — Oswaldo M. Bezzi — Diogo de Figueiredo Moreira Neto — Hely Lopes Meirelles — Gaston Jèze — Maurice Hauriou — H. Berthelemy — Julio A. Prat — Jaime Vidal Perdomo — Eustorgio Sarria — Rafael Bielsa.

Capítulo XXVI: Geraldo Ataliba — Gaston Jèze — Jean Rivero — André de Laubadère — Marcel Waline — Eustorgio Sarria — Enrique Sayagues Laso — Julio A. Prat — Miguel Angel Berçaitz — Recaredo F. de Velasco — Rafael Bielsa — Jaime Vidal Perdomo — Roberto Rosas — J. C. de Assis Ribeiro — João Alves da Rocha Loures.

Capítulo XXVII: Miguel S. Marienhoff — Otto Mayer — Manuel Maria Diez — José Cretella Júnior — Louis Trotabas — Diogo Freitas do Amaral — Raimundo Nonato Fernandes — André de Laubadère — Aldo M. Sandulli.

Capítulo XXVIII: Mario Masagão — Niceto Alcalá-Zamora — Rodolfo Bullrich — Philippe Comte — Alberto E. Uriburu — Juan Pablo Ramos — Ange Blondel — Rafael Bielsa — Manuel Peña Villamil — Enzo Silvestre — Magalhães Colaço — Hely Lopes Meirelles — Renato Alessi — J. Guimarães Menegale — Mario Gallo — José Cretella Júnior — Georges Péquignot — Maurice Hauriou — Miguel Angel Berçaitz — Oswaldo Aranha Bandeira de Mello — André de Laubadère — Julio A. Prat — Recaredo F. de Velasco — Rafael Bielsa.

OITAVA PARTE

Capítulo XXIX: Georges Vedel — Jean Rivero — Allan R. Brewer Carias — Recaredo F. de Velasco — Martin G. Glaeser — Ange Blondeau — Francis X. Welch — Rodolfo Piccirilli — Odilon C. Andrade — Luis de Anhaia Mello — Miguel S. Marienhoff — André de Laubadère — José Cretella Júnior — Julio A. Prat — J. M. Meirelles Teixeira — Bartolome A. Fiorini — Caio Túcio — Georges Péquignot — Hely Lopes Meirelles — Celso Antonio Bandeira de Mello.

Capítulo XXX: Guido Fernando Silva Soares — Armando de Oliveira Marinho — Zairo Lara Filho — Luiz Olavo Baptista — André de Laubadère — Adilson Abreu Dallari — Silvio Neves Baptista.

Capítulo XXXI: Miguel S. Marienhoff — Miguel Angel Berçaitz — H. Nézard — Gaston Jèze — M. Petroziello — Julio A. Prat — Mario Gallo — Recaredo F. de Velasco — José Cretella Júnior.

Capítulo XXXII: Juan Carlos Cassagne — Hector Jorge Escola — Manuel Maria Diez — Enrique Sayagues Laso — Hely Lopes Meirelles — Rafael Bielsa.

NONA PARTE

Capítulo XXXIII: Diogo de Figueiredo Moreira Neto — Hely Lopes Meirelles — Themístocles Brandão Cavalcanti — Jacobo Wainer — Miguel Angel Berçaitz — Miguel S. Marienhoff — Recaredo F. de Velasco — André de Laubadère.

Capítulo XXXIV: Rafael Bielsa — Jesus Luis Abad Hernandez — Miguel S. Marienhoff — André de Laubadère — Heitor Luz Filho — Eustorgio Sarria — Hely Lopes Meirelles — Recaredo F. de Velasco — Bartolome A. Fiorini.

Capítulo XXXV: Pierre Vigny — José Cretella Júnior — Hector Jorge Escola — Julio A. Prat — Bartolome A. Fiorini — Guido Zanobini — Marcel Waline — Miguel S. Marienhoff — André de Laubadère — Rafael Bielsa.

Capítulo XXXVI: Recaredo F. de Velasco — Hely Lopes Meirelles — Marcello Caetano — Georges Péquignot — Miguel S. Marienhoff — André de Laubadère — Giovanni Miele.

DÉCIMA PARTE

Capítulo XXXVII: João Angélico — Julio A. Prat — Hely Lopes Meirelles — Bartolome A. Fiorini — Adilson Abreu Dallari — Carlos Leopoldo Dayrell — José Roberto Dromi — Oswaldo Aranha Bandeira de Mello — Hector A. Mairal — Diogo de Figueiredo Moreira Neto — Hugo Caldera Delgado — Guglielmo Roehrssen — André de Laubadère — Alberto Xavier — Jaime Vidal Perdomo — Alberto Ramón Real — Jorge Arthur Morsch — Jessé Torres Pereira Júnior.

Capítulo XXXVIII: Hely Lopes Meirelles — Julio A. Prat — Jaime Vidal Perdomo — Miguel Angel Berçaitz — André de Laubadère — Gaston Jèze — Agustín A. Gordillo — José Cretella Júnior — Humberto Peña de Morales — Rafael Felloni de Matos — Luiz Rafael Meyer — Miguel S. Marienhoff — Celso Antonio Bandeira de Mello.

Capítulo XXXIX: Hely Lopes Meirelles — João Angélico — Lucia Valle Figueiredo — Miguel Angel Berçaitz — Miguel S. Marienhoff — Pierre Vigny — M. Roger Pinto — André de Laubadère.

Capítulo XL: Alonso Caldas Brandão — Hely Lopes Meirelles.

DÉCIMA PRIMEIRA PARTE

Capítulo XLI: Miguel Angel Berçaitz — Georges Péquignot — João de Melo Machado — Julio A. Prat — André de Laubadère — Hector José Escola — Miguel S. Marienhoff — Hely Lopes Meirelles — Agustín A. Gordillo.

Capítulo XLII: André de Laubadère — Miguel S. Marienhoff — Hely Lopes Meirelles — Miguel Angel Berçaitz — Julio A. Prat — Gaston Jèze — José Cretella Júnior — J. Guimarães Menegale — Celso Antonio Bandeira de Mello — André Flamme.

Capítulo XLIII: Recaredo F. de Velasco — Marcello Caetano — Hely Lopes Meirelles — Diogo de Figueiredo Moreira Neto — Miguel S. Marienhoff — André de Laubadère — Miguel Angel Berçaitz.

Capítulo XLIV: Diogo de Figueiredo Moreira Neto — João de Melo Machado — Gaston Jèze — Recaredo F. de Velasco — Ruy Cirne Lima — Mario Gallo — Hely Lopes Meirelles — Julio A. Prat — Miguel S. Marienhoff — Bartolome A. Fiorini — André de Laubadère.

DÉCIMA SEGUNDA PARTE

Capítulo XLV: Miguel Angel Berçaitz — Hely Lopes Meirelles — Dario Foligno — Aldo M. Sandulli — Miguel S. Marienhoff — Bartolome A. Fiorini — Jacobo Wainer — Juan Carlos Cassagne — Vicente Ráo.

Capítulo XLVI: Rodolfo Bulrich — Paul Duez — Henri Lalou — Pedro Guihermo Altamira — Renato Alessi — Amaro Cavalcanti — José de Aguiar Dias — Maria Graziela Reiriz — Julio A. Prat — Jean Rivero — Hugo Caldera Delgado — André de Laubadère — Recaredo F. de Velasco — Eduardo Soto Kloss — Pedro Pierry Arrau.

Capítulo XLVII: R. Von Ihering — Louis Josserand — Henri e Léon Mazaud — R. Savatier — J. J. Amézaga — André Besson — Francesco Carnelutti — R. Demogue — Dino Grandi — G. Marton — Gaston Morin — Giovanni Salemi — Amaro Cavalcanti — Pontes de Miranda — Lino Moraes Leme — Alvino Lima — José de Aguiar Dias — André de Laubadère — Pierre Vigny — Otto Mayer — Rafael Entrena Cuesta — Renato Alessi — Rafael Bielsa — Aldo M. Sandulli — Kenneth Culp Davis — Guido Landi — Giuseppe Potenza — Washington de Barros Monteiro — M. Roger Pinto — Hugo Caldera Delgado — Marcello Caetano.

Capítulo XLVIII: Gaston Jèze — Recaredo F. de Velasco — Georges Péquignot — Miguel Angel Berçaitz — André de Laubadère — Miguel S. Marienhoff — João de Melo Machado — Jean Rivero — Alvino Lima.

Bibliografia de Pesquisa e Consulta

— A —

- Agustín A. GORDILLO. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires, 1974/79.
- Alberto E. URIBURU. *Natureza jurídica de la concesión de servicios públicos*. Buenos Aires, 1936.
- Alberto RAMON REAL. *Adjudicación y contrato: vicios*. Mendoza, 1977.
- Alberto XAVIER. *Do procedimento administrativo*. São Paulo, 1976.
- Aldo M. SANDULLI. *Manuale di diritto amministrativo*. Napoli, 1954.
- . *Il procedimento amministrativo*. Milano, 1959.
- Allan R. BREWER CARIAS. *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo venezolano*. Caracas, 1964.
- Alonso CALDAS BRANDÃO. *Contabilidade pública*. Rio de Janeiro, 1952.
- Alvino LIMA. *Da culpa ao risco*. São Paulo, 1938.
- Amaro CAVALCANTI. *Responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro, 1957.
- André de LAUBADÈRE. *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*. Paris, 1956.
- André FLAMME. *Les marchés de la administration*. Paris, 1965.
- Ange BLONDEAU. *La concession de service public*. Paris, 1938.
- Antonio CIANFLONE. *L'appalto di opere pubblici*. Milano, 1950.
- Antonio Marcelo da SILVA. *Contratações administrativas*. São Paulo, 1971.
- Armando de OLIVEIRA MARINHO e Zairo LARA FILHO. *Programa de direito administrativo*. Rio de Janeiro, 1976.
- Augusto Tavares de LYRA FILHO. *Contratos administrativos*. Rio de Janeiro, 1941.

— B —

- Bartolome A. FIORINI. *Manual de derecho administrativo*. Buenos Aires, 1968.
- . *Licitación pública*. Buenos Aires, 1972.

— C —

- Caio TÁCITO. *Direito administrativo*. São Paulo, 1975.
- Carlos GARCÍA OVIEDO. *Teoría del servicio público*. Madrid, 1923.
- Carlos Leopoldo DAYRELL. *Das licitações na administração pública*. Rio de Janeiro, 1973.
- Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO. *Prestação de serviços e administração indireta*. São Paulo, 1979.
- . *Elementos de direito administrativo*. São Paulo, 1980.
- Cesare CAMMEO. *I contratti della pubblica amministrazione*. Firenze, 1954.

— D —

- Darci BESSONE DE OLIVEIRA ANDRADE. *Aspectos da evolução da teoria dos contratos*. São Paulo, 1949.
- Dario FOLIGNO. *L'attività amministrativa*. Milano, 1966.
- Diogo de FIGUEIREDO MOREIRA NETO. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro, 1974.
- Diogo FREITAS DO AMARAL. *A utilização do domínio público pelos particulares*. Lisboa, 1956.

— E —

- Eduardo SOTO KLOSS. *Contratos de la administración*. Mendoza, 1977.
- Enrique SAYAGUES LASO. *La licitación pública*. Montevideo, 1950.
- . *Tratado de derecho administrativo*. Montevideo, 1953.
- Enzo SILVESTRE. *Il riscatto delle concessioni amministrative*. Milano, 1956.
- Ernst FORSTHOFF. *Tratado de derecho administrativo*. Trad. esp. Madrid, 1958.
- Eustorgio SARRIA. *Derecho administrativo*. Bogotá, 1957.

— F —

- Fernando GARRIDO FALLA. *Tratado de derecho administrativo*. Madrid, 1975.
- Francesco di RENZO. *I contratti della pubblica amministrazione*. Milano, 1969.
- Francis Paul BÉNOIT. *Droit administratif français*. Paris, 1968.
- Francis X. WELCH. *Cases on public utility regulation*. New York, 1936.
- Fritz FLEINER. *Instituciones de derecho administrativo*. Trad. esp. Barcelona, 1933.
- . *Droit administratif allemand*. Trad. fr. Paris, 1933.
- F. TREVoux. *Le service public de droit public ou service publique économique*. Paris, 1936.

— G —

- Gabino FRAGA. *Derecho administrativo*. México, 1950.
- Gaston JEZE. *Les contrats administratifs; principes généraux*. Paris, 1927.
- . *Les principes généraux de droit administratif*. Paris, 1934.
- . *Principios generales de derecho administrativo*. Trad. esp. Buenos Aires, 1949.
- George JELLINEK. *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*. Trad. ital. Milano, 1912.
- Georges PÉQUIGNOT. *Théorie générale du contrat administratif*. Paris, 1945.
- Georges VEDEL. *Droit administratif*. Paris, 1973.
- Geraldo ATALIBA. *Empréstimos públicos e seu regime jurídico*. São Paulo, 1973.
- G. HIMARIO. *Les clauses exorbitantes du droit commun dans les contrats administratifs*. Paris, 1933.

- Gilbert MADRAY. *Les contrats d'après la récente codification privée faite aux États-Unis*. Trad. fr. Paris, 1936.
- Giovanni MIELE. *Principii di diritto amministrativo*. Padova, 1960.
- Guglielmo ROEHRSEN. *Consideraciones sobre los pliegos de condiciones*. Trad. esp. Mendoza, 1977.
- Guido Fernando SILVA SOARES. *Concessões de exploração de petróleo e arbitragens internacionais*. São Paulo, 1977.
- Guido LANDI e Giuseppe POTENZA. *Manuale di diritto amministrativo*. Milano, 1960.
- Guido ZANOBINI. *Corso di diritto amministrativo*. Milano, 1947.

— H —

- Hector A. MAIRAL. *Licitación pública*. Buenos Aires, 1975.
- Hely LOPES MEIRELLES. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo, 1975.
- . *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo, 1978.
- Henri LALOU. *La responsabilité civile*. Paris, 1928.
- Henri ZWALHEN. *Le contrat de droit administratif*. Zürich, 1958.
- H. NÉZARD. *Théorie juridique de la fonction publique*. Paris, 1901.
- Hugo CALDERA DELGADO. *Manual de derecho administrativo*. Santiago, 1979.

— J —

- Jacobo WAINER. *Contratos administrativos*. Buenos Aires, 1939.
- Jaime VIDAL PERDOMO. *Derecho administrativo*. Bogotá, 1977.
- . *El contrato de obras públicas*. Bogotá, 1979.
- . *La adjudicación: vicios*. Mendoza, 1977.
- James C. BONBRIGHT. *Public utilities and the national power policies*. New York, 1940.
- J. C. de ASSIS RIBEIRO. *Análise jurídica do crédito público*. Rio de Janeiro, 1954.
- J. CRETELLA JÚNIOR. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro, 1967.
- . *Dos bens públicos no direito brasileiro*. São Paulo, 1969.
- . *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro, 1977.
- J. D. B. MITCHELL. *The contracts of public authorities*. London, 1954.
- Jean de SOTO. *Grands services publics et entreprises nationales*. Paris, 1971.
- Jean-Louis de CORAIL. *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif*. Paris, 1954.
- Jean RIVERO. *Droit administratif*. Paris, 1962.
- Jean ROUVIÈRE. *Les contrats administratifs*. Paris, 1930.
- . *À quels signes reconnaître les contrats administratifs*. Alençon, 1930.
- J. GUIMARÃES MENEGALE. *Direito administrativo e ciência da administração*. Rio de Janeiro, 1939.

- J. H. MEIRELLES TEIXEIRA. *O problema das tarifas nos serviços públicos concedidos*. São Paulo, 1941.
- João Alves da ROCHA LOURES. *Da cláusula "rebus sic stantibus" nos empréstimos públicos externos*. Rio de Janeiro, 1936.
- João ANGÉLICO. *A contabilidade na administração pública*. São Paulo, 1976.
- João de MELLO MACHADO. *Teoria jurídica do contrato administrativo*. Coimbra, 1936.
- John BAUER. *Effective regulation of public utilities*. New York, 1925.
- José de AGUIAR DIAS. *Responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro, 1960.
- José Luis ABAD HERNANDO. *Autonomía conceptual de las instituciones del derecho administrativo*. Córdoba, 1967.
- José Luiz GONZALEZ-BERENGUER URRITIA. *La contratación administrativa*. Madrid, 1966.
- José MATTOS DE VASCONCELLOS. *Direito administrativo*. Rio de Janeiro, 1937.
- José Roberto DROMI. *Instituciones de derecho administrativo*. Buenos Aires, 1973.
- . *La licitación pública*. Buenos Aires, 1975.
- . *Prerrogativas y garantías administrativas*. Tucumán, 1979.
- Juan Carlos CASSAGNE. *Derecho administrativo*. Buenos Aires, 1977.
- . *El acto administrativo*. Buenos Aires, 1978.
- Juan Pablo RAMOS. *Ensayo jurídico y social sobre la concesión de servicios públicos*. Buenos Aires, 1937.
- Julio A. PRAT. *Derecho administrativo*. Montevideo, 1978.

— K —

- Kenneth CULP DAVIS. *Administrative law*. London, 1951.

— L —

- L. de CARLI. *La contratación de obras públicas*. Buenos Aires, 1960.
- Leonard D. WHITE. *Introduction to the study of public administration*. New York, 1942.
- Léon DUGUIT. *Traité de droit constitutionnel*. Paris, 1930.
- Lino de MORAES LEME. *Da responsabilidade civil fora do contrato*. São Paulo, 1927.
- Louis TROTABAS. *L'utilisation du domaine public par les particuliers*. Paris, 1924.
- Lucia VALLE FIGUEIREDO. *Direitos dos licitantes e prerrogativas da administração*. São Paulo, 1977.
- Luis de ANHAIA MELLO. *O problema econômico dos serviços de utilidade pública*. São Paulo, 1940.
- Luiz Olavo BAPTISTA. *Contrato de risco*. São Paulo, 1976.

— M —

- MAGALHÃES COLAÇO. *Concessões de serviço público*. Lisboa, 1948.
- Manoel Ignácio CARVALHO DE MENDONÇA. *Doutrina e prática das obrigações*. Rio de Janeiro, 1908.
- Manuel Maria DIEZ. *Derecho administrativo*. Buenos Aires, 1965.
- . *Dominio público*. Buenos Aires, 1940.
- Manuel PEÑA VILLAMIL. *La concesión de servicios públicos*. Asunción, 1957.
- Marcello CAETANO. *Estudos de direito administrativo*. Lisboa, 1974.
- . *Princípios fundamentais de direito administrativo*. Rio de Janeiro, 1977.
- Marcel WALINE. *Droit administratif*. Paris, 1963.
- Maria Graciela REIRIZ. *La responsabilidad del Estado*. Buenos Aires, 1969.
- Mario GALLO. *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*. Padova, 1936.
- Mario MASAGÃO. *Natureza jurídica da concessão de serviço público*. São Paulo, 1933.
- Massimo SEVERO GIANNINI. *Lezione di diritto amministrativo*. Milano, 1970.
- Martin G. GLAESER. *Outlines of public utility economics*. New York, 1931.
- Maurice HAURIOU. *Précis de droit administratif*. Paris, 1919.
- . *Précis de droit administratif et de droit public*. Paris, 1926.
- . *Jurisprudence administrative*. Paris, 1929.
- Maurice THOMAS. *Derecho y instituciones de la Gran Bretaña*. Trad. esp. México, 1945.
- Michele CANTUCCI. *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*. Padova, 1942.
- Miguel Angel BERÇAÏTZ. *Teoría general de los contratos administrativos*. Buenos Aires, 1952.
- Miguel S. MARIENHOFF. *Caducidad y revocación de la concesión de servicios públicos*. Buenos Aires, 1947.
- . *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires, 1978.
- . *Dominio público*. Buenos Aires, 1965.
- M. ROGER PINTO. *Cours de droit administratif spécial*. Paris, 1959/60.

— N —

- Niceto ALCALÁ-ZAMORA. *La concesión como contrato y como derecho real*. Madrid, 1918.

— O —

- Odilon C. ANDRADE. *Serviços públicos e de utilidade pública*. São Paulo, 1937.
- Oreste RANELLETTI. *Ordinamento giuridico dello Stato italiano*. Padova, 1937.
- . *La guarantee della giustizia nella pubblica amministrazione*. Milano, 1937.
- Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro, 1969.

———. *Licitação*. São Paulo, 1978.

Oswaldo M. BEZZI. *El contrato de obra pública*. La Plata, 1977.

Otto MAYER. *Droit administratif allemand*. Trad. fr. Paris, 1903.

———. *Derecho administrativo alemán*. Trad. esp. Buenos Aires, 1949/52.

— P —

Paul DUEZ. *La responsabilité de la puissance publique*. Paris, 1927.

Pedro Guilherme ALTAMIRA. *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Córdoba, 1942.

Philippe COMTE. *Essai d'une théorie d'ensemble de la concession de service public*. Paris, 1934.

Pierre VIGNY. *Droit administratif*. Bruxelles, 1957.

— R —

Rafael BIELSA. *Relaciones del Código Civil con el derecho administrativo*. Buenos Aires, 1923.

———. *Consideraciones sumarias sobre la concesión de servicios públicos*. Buenos Aires, 1937.

———. *Estudios de derecho administrativo*. Buenos Aires, 1952.

———. *Derecho administrativo*. Buenos Aires, 1964.

Rafael ENTRENA CUESTA. *Curso de derecho administrativo*. Madrid, 1970.

Raffaele RESTA. *Giustizia amministrativa*. Roma, 1974.

Recaredo F. de VELASCO. *Los contratos administrativos*. Madrid, 1927.

Renato ALESSI. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. Milano, 1953.

———. *La responsabilità della pubblica amministrazione*. Milano, 1955.

Rodolfo BLEDAL. *Introducción al estudio del derecho público anglosajón*. Buenos Aires, 1947.

Rodolfo BULLRICH. *La responsabilidad del Estado*. Buenos Aires, 1920.

———. *La naturaleza jurídica de la concesión de servicios públicos*. Buenos Aires, 1936.

Rodolfo PICIRILLI. *El privilegio de las concesiones de servicios públicos*. Buenos Aires, 1936.

Roger BONNARD. *Précis de droit administratif*. Paris, 1953.

Rogério Guilherme EHRHARDT SOARES. *Interesse público, legalidade e mérito*. Coimbra, 1955.

Royo VILLANOVA. *Elementos de derecho administrativo*. Madrid, 1926.

R. SAVATIER. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. Paris, 1939.

Rubem ROSA. *Direito e administração*. Rio de Janeiro, 1940.

— S —

- Sabino ALVAREZ GENDÍN. *Los contratos públicos*. Madrid, 1934.
Sergio de ANDRÉA FERREIRA. *Direito administrativo didático*. Rio de Janeiro, 1979.
Sílvia NEVES BAPTISTA. *Contrato de risco no direito brasileiro*. Recife, 1976.
Sílvia RODRIGUES. *Direito civil*. São Paulo, 1972.

— T —

- Themístocles BRANDÃO CAVALCANTI. *Teoria dos atos administrativos*. São Paulo, 1973.
Tito PRATES DA FONSECA. *Lições de direito administrativo*. São Paulo, 1943.

— V —

- Vicente RAO. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo, 1978.

— W —

- Washington de BARROS MONTEIRO. *Curso de direito civil*. São Paulo, 1975.
W. F. WILLOUGHBY. *Principles of public administration*. Washington, 1927.
W. M. WHERRY JUNIOR. *Public utilities and the law*. Washington, 1936.

Índice Sistemático

	<i>págs.</i>
Índice Geral	V
Nota-Prefácio	IX

1.^a PARTE

Capítulo I

POSIÇÃO JURÍDICA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1. Visão geral da problemática	3
2. Regime jurídico e finalidade	4
3. Valores e condições	6
4. Serviços administrativos e contratos	6
5. Especialidade e objeto	7
6. A determinação do objeto	8
7. Os elementos no contrato administrativo	9
8. Princípios comuns a todos os contratos	10
9. A noção de serviço público	11
10. Serviço público e atributos de validação	11

Capítulo II

PRINCÍPIOS GERAIS QUE REGEM OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

11. O acordo nos efeitos jurídicos	13
12. As regras nos princípios	14
13. A finalidade qualificando o interesse	15
14. Competência e modos procedimentais	16
15. Evidência pública e contrato administrativo	16
16. Os fatores na legalidade	17
17. A Administração como pessoa jurídica	18
18. Poderes e deveres nos contratos administrativos	19
19. As espécies nas categorias	20

Capítulo III

ELEMENTOS E REQUISITOS ESSENCIAIS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

20. Entendimento convencional	22
21. Elementos + requisitos	23
22. Subelementos + sub-requisitos	23
23. Limitações da Administração	24
24. Interesse e norma aplicável	25

	<i>págs.</i>
25. Obrigações na formação dos contratos	26
26. Eficácia no serviço a ser prestado	27
27. O interesse particulariza situações	27
28. Autonomia da vontade nos limites legais	28

Capítulo IV

RELAÇÕES E OBRIGAÇÕES NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

29. O valor da motivação nos contratos administrativos	30
30. Desintegração dos contratos administrativos	31
31. O interesse público na execução	31
32. Fatores vinculantes e obrigações	32
33. Relações jurídicas vinculadas	33
34. As obrigações nos contratos administrativos	34
35. Obrigações e sanções	34
36. Igualdade das partes nos contratos públicos	35

2.^a PARTE

Capítulo V

AS PARTES NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

37. Afirmação do elemento <i>finalidade</i>	39
38. <i>Sujeitos</i> como parte	40
39. Qualificação dos contratantes	40
40. A colaboração do particular	41
41. A Administração como <i>parte</i>	42
42. Liberdade contratual e certeza jurídica	42
43. As partes num igual plano jurídico	43
44. Regime de obrigações e responsabilidades	44

Capítulo VI

CARACTERÍSTICAS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

45. Valores intrínsecos nas características	46
46. O valor <i>comutatividade</i>	47
47. A <i>onerosidade</i> na relação	48
48. A <i>imperatividade</i> diante do ajustado	48
49. Valor jurídico da <i>estabilidade</i>	49
50. O pressuposto da <i>mutabilidade</i>	50
51. A regra da <i>intransferibilidade</i>	51
52. A subcontratação	52

Capítulo VII

COMPONENTES NA MOTIVAÇÃO E FINALIDADE

53. Autorização para contratar	54
54. Regime administrativo dos contratos	55
55. Contrato privado e contrato público	56
56. Unidade na intenção e finalidade	57

	<i>págs.</i>
57. Caracteres diferenciais na finalidade	58
58. A Administração contratante	58
59. O co-contratante particular	59
60. Finalidade e forma dos contratos administrativos	60

Capítulo VIII

INSTITUIÇÕES CIVIS E INSTITUIÇÕES ADMINISTRATIVAS

61. Os conceitos civis nos contratos administrativos	62
62. Universalidade do contrato e interesse público	63
63. Faculdades e condições	64
64. Proposições doutrinárias e proposições jurídicas	65
65. Conhecimento dos preceitos objetivos	66
66. Influência das regras privadas	66
67. A diferença dos contratos civis	67
68. Rigores e regras consensuais	68

3.^a PARTE

Capítulo IX

SINGULARIDADES DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

69. O equilíbrio financeiro	71
70. Preços e tarifas	72
71. O contrato não cumprido	73
72. Controle na execução	74
73. O problema da imprevisão	74
74. O fato do príncipe	75
75. Interpretação das regras contratuais	76
76. Infrações e penalidades	77

Capítulo X

FATOS QUE PREJUDICAM A NORMAL PRESTAÇÃO CONTRATUAL

77. Contrato e vigilância administrativa	79
78. Os imprevistos superáveis e não superáveis	80
79. Força maior e caso fortuito	80
80. Os riscos na imprevisão	81
81. Intervenção da Administração	82
82. Boa fé ou má fé como fatos	83
83. O fato da Administração	84
84. Os fatos na execução dos contratos	85

Capítulo XI

TUTELA PELA FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

85. Tutela ou controle nas contratações	87
86. Formalização e poder de fiscalização	88
87. Fidelidade na execução do pactuado	89
88. O interesse público e o interesse jurídico	89

	<i>págs.</i>
89. Cláusulas e medidas tutelares	90
90. Prazos e duração da execução	91
91. Retardamento ou demora	92
92. Tipos de sanções para classes de infrações	93

Capítulo XII

INFRAÇÕES E SANÇÕES NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

93. As infrações afetando as obrigações	94
94. Sanções e deveres administrativos	95
95. Estipulações contratuais e sanções	96
96. Contrato e conhecimento das situações anormais	96
97. Sanções e condições pactuadas	97
98. Garantias e sanções	98
99. Compromisso nas etapas ou fases executórias	99
100. Eficácia e discricção administrativa	100

4.^a PARTE

Capítulo XIII

EXECUÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

101. Natureza do instrumento contratual	105
102. Execução normal e execução anormal	106
103. Modificações diretas e indiretas	106
104. Acordo e novo acordo	107
105. Novas relações e outras obrigações	108
106. As operações na categoria contratual	109
107. Autorizações e concessões	110
108. O instrumento jurídico na execução	110

Capítulo XIV

OS VÍCIOS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

109. Valores jurídicos inafastáveis	112
110. As hipóteses de vícios	112
111. Os chamados vícios da vontade	113
112. Origem dos vícios nos contratos administrativos	114
113. Conclusão do contrato e vícios sanáveis	114
114. Consentimento e nulidade	115
115. A influência do Direito Privado	115
116. O vício na discricionariedade	116

Capítulo XV

SINOPSE DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NO DIREITO COM- PARADO

117. Pontos comuns nos contratos administrativos	117
118. Postulados e obrigações contratuais	118
119. O valor das obrigações resguardando relações	118
120. Identidade nos pressupostos doutrinários	120

	<i>págs.</i>
121. Regimes e peculiaridades legislativas	121
122. O contrato administrativo em tese e de plano	122
123. O caráter universal na base das contratações públicas	122
124. Brasil: variantes na qualificação orgânica e substancial	123

Capítulo XVI

SINOPSE DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NO DIREITO BRASILEIRO

125. Princípios reguladores e tradição positiva	125
126. O Decreto n. 4.536, de 1922	126
127. O Decreto n. 15.783, de 1922	127
128. Poderes, compromissos e cláusulas	128
129. O Decreto-lei n. 200, de 1967	129
130. Condições no processo formativo e habilitação	130
131. O Decreto n. 73.140, de 1973	131
132. Regime de execução e obrigações decorrentes	132
133. Direito, justiça e moral	132

5.^a PARTE

Capítulo XVII

TEORIAS CONSTRUTIVISTAS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

134. Os contratos administrativos como existem	137
135. Conceitos que ficaram estáveis	138
136. Duguit/Hauriou	138
137. Jèze/Laubadère	139
138. Zanobini/Gallo	140
139. Mayer/Fleiner	141
140. Velasco/Bielsa	142
141. Outras teorias e teóricos	143
142. O contrato no seu arcabouço clássico	143

Capítulo XVIII

FORMALIZAÇÃO E FORMA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

143. Valorização dos conceitos dominantes	145
144. Formalização e nomeação	145
145. Formalização e forma	146
146. Forma e manifestação objetiva	147
147. As formas na medida da lei	147
148. Forma e conteúdo contratual	148
149. A forma, requisito essencial	149
150. Na forma os elementos e requisitos	149

Capítulo XIX

A PROBLEMÁTICA DAS CLÁUSULAS EXORBITANTES NA ORDEM ADMINISTRATIVA

151. Como aparecem as cláusulas exorbitantes	151
152. As cláusulas no entendimento das partes	152

	<i>págs.</i>
153. O interesse público dominante nas relações	153
154. Exorbitância e faculdades administrativas	153
155. Legitimidade e não-poder arbitrário	154
156. Condições de validade e prerrogativas de poder	155
157. Natureza das cláusulas exorbitantes	156

Capítulo XX

A IMPORTÂNCIA DAS CLÁUSULAS NA EXECUÇÃO CONTRATUAL

158. Prerrogativas e compromissos ajustados	157
159. Cláusulas e obrigações contratuais	158
160. As cláusulas na unidade do contrato	158
161. Cláusulas e relações jurídicas	159
162. Cláusulas, poderes e faculdades	160
163. As cláusulas nos objetivos contratuais	161
164. As cláusulas comandam a execução	162

6.^a PARTE

Capítulo XXI

OS SERVIÇOS PÚBLICOS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

165. Meios legítimos e finalidades concretas	165
166. Interesse e serviço público nas categorias	166
167. O serviço público na relação administrativa	166
168. Os elementos no serviço público	167
169. Finalidade e ação permitida	168
170. Conexões jurídicas na atividade administrativa	169
171. Utilidades concretas e necessidades coletivas	170
172. A gestão privada do interesse público	170

Capítulo XXII

AS CATEGORIAS JURÍDICAS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

173. A finalidade nas categorias	172
174. Os grupos nas categorias contratuais	173
175. Contratos de colaboração	173
176. Contratos de participação	174
177. Contratos interorgânicos	175
178. Contratos administrativos privados	175
179. Finalidade e instrumentação contratual	176

Capítulo XXIII

NATUREZA JURÍDICA DOS CONTRATOS DE COLABORAÇÃO

180. Modos de cumprir finalidades públicas	178
181. A autorização como figura jurídica	179
182. Autorizações e permissões	180
183. Permissões e cessões	181
184. Contratos de fornecimento	182
185. Caráter jurídico da função especializada	183
186. A notória especialização no contrato	185

Capítulo XXIV

OS CONTRATOS POSICIONADOS NAS CATEGORIAS ADMINISTRATIVAS

187.	Finalidade e categorias	187
188.	A idéia de serviço nas categorias	187
189.	Execução e prestação nas categorias	188
190.	As diferenças na finalidade	189
191.	Os princípios nas contratações	189
192.	Categorias e forma	190
193.	As categorias no ordenamento positivo	190
194.	Direitos do co-contratante	191

7.^a PARTE

Capítulo XXV

CONTRATO DE OBRAS PÚBLICAS

195.	Obra pública como ajuste administrativo	195
196.	Obra pública e contrato de obra pública	196
197.	Modalidades e finalidades	197
198.	Contrato de empreitada	198
199.	Empreitada e lei civil	198
200.	Administração contratada	199
201.	Ajustamento contratual de tarefas	200
202.	Serviços de engenharia	200

Capítulo XXVI

CONTRATO DE EMPRÉSTIMOS PÚBLICOS

203.	Autorização e contrato de empréstimo	202
204.	Contratos como operações de crédito	203
205.	Duplo caráter dos empréstimos públicos	204
206.	Natureza jurídica da relação de crédito	205
207.	Créditos que resultam de empréstimos públicos	206
208.	Qualificação econômico-financeira dos empréstimos	206
209.	Exorbitância no regime e responsabilização	207
210.	O empréstimo público na categoria administrativa	209

Capítulo XXVII

CONTRATO DE CESSÃO DE USO DE BENS PÚBLICOS

211.	Cessão e vontade de contratar	211
212.	As posições na relação jurídica	212
213.	Cessão e obrigações	212
214.	Natureza jurídica das cessões	213
215.	Requisitos administrativos nas cessões	214
216.	O elemento finalidade nas cessões	215
217.	Cessões e concessões	215

Capítulo XXVIII

CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

218.	Concessão e serviço público	217
219.	Pressupostos e características das concessões	218
220.	Competência administrativa nas concessões	219
221.	A figura do usuário nas concessões	220
222.	Concedente, concessionário e usuário	221
223.	Concessão e monopolização	223
224.	Dimensionamento das obrigações	224

8.^a PARTE

Capítulo XXIX

O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NOS CONTRATOS DE SERVIÇO

225.	Previsão de preços nas obras e serviços	227
226.	Conceito de tarifa na prestação de serviços	228
227.	Cláusulas e mudanças econômicas	229
228.	Cláusulas de variação	230
229.	Cláusulas de variação e revisão	231
230.	Atualização de custos e preços	231
231.	Equação financeira e continuidade do serviço	232
232.	As obrigações nos serviços e nos encargos	233

Capítulo XXX

CONTRATOS DE RISCO CONCLUÍDOS PELA ADMINISTRAÇÃO

233.	O risco na finalidade objetivada	235
234.	Contrato de serviço com risco	236
235.	A especialização na convivência contratual	237
236.	Elementos e requisitos do contrato	238
237.	Previsão diante da imprevisão	238
238.	Caráter jurídico de direito interno	239
239.	Excepcionalização na finalidade do serviço	240

Capítulo XXXI

CONTRATO DE FUNÇÃO OU EMPREGO PÚBLICO

240.	Colocação do problema	242
241.	Vínculo jurídico entre Administração e funcionário	243
242.	Condições que regulam a relação	243
243.	Relação de função ou emprego	244
244.	Pacto consensual marcado de conteúdo próprio	245
245.	Idéia de servir e idéia de prestar	246
246.	Vínculo contratual nascido da investidura	247

Capítulo XXXII

CONTRATOS INTERORGÂNICOS OU INTERADMINISTRATIVOS

247. Comunhão de interesses	248
248. A presença de dois ou mais sujeitos	248
249. Relação e vinculação administrativa	249
250. Coordenação diante da finalidade	250
251. A relação jurídica interadministrativa	250
252. Fatos e finalidade coincidente	251
253. Cooperação e relações	252
254. Capacidade de direito como atributo jurídico	252

9.^a PARTE

Capítulo XXXIII

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS ACESSÓRIOS

255. Garantias no contrato administrativo	257
256. Conceito administrativo de caução	258
257. As garantias entre as obrigações	258
258. A fiança como garantia	259
259. O acessório integrando o principal	260
260. O depósito-condição no contrato principal	260

Capítulo XXXIV

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE FIGURAÇÃO PRIVADA

261. Novamente a herança civilista	262
262. Modelos civis no Direito Administrativo	263
263. Compra e venda	263
264. Permuta ou troca	265
265. Locação ou arrendamento	265
266. Contrato de transportes	266
267. Loterias	267

Capítulo XXXV

QUASE-CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

268. Pacto involuntário nos efeitos	269
269. Situações de fato gerando compromissos	270
270. Situações e conseqüentes obrigações	270
271. Fundamento jurídico do quase-contrato	271
272. O fato na falta dos elementos	271
273. Regras nos fatos e nos efeitos	272
274. Tradição no pensamento doutrinário	273

Capítulo XXXVI

INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

275. Os contratos administrativos como devem ser	275
276. As cláusulas na motivação e finalidade	276

	<i>págs.</i>
277. Dependências na interpretação	276
278. Critérios na interpretação	277
279. Problemática essencialmente de regime	278
280. Premissas a respeitar	278
281. O contrato com força de verdade legal	279

10.^a PARTE

Capítulo XXXVII

FINALIDADE JURÍDICO-OBJETIVA DAS LICITAÇÕES

282. Procedimento preparador nas licitações	283
283. Contratação direta	284
284. Conceito jurídico de licitação	285
285. Princípios jurídicos da licitação	286
286. Processo administrativo licitatório	287
287. Uniformidade no processo licitatório	288
288. Regulação procedimental	289
289. Adjudicação e contrato	289

Capítulo XXXVIII

VINCULOS DE LICITUDE NA EFICÁCIA DAS CONTRATAÇÕES

290. Posição legal da Administração	291
291. Valor jurídico da convocação	292
292. Licitação e responsabilidade contratual	293
293. Responsabilidade que decorre de atos	294
294. Finalidade do processo licitatório	295
295. Princípios informativos e regras legais	296
296. Valores de objetividade e subjetividade	298

Capítulo XXXIX

TRÂMITES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO LICITATÓRIO

297. Trâmites essenciais no processo	300
298. Preparação cautelar e técnica	300
299. O edital convocatório	301
300. Recebimento das propostas	302
301. Abertura das propostas	302
302. Julgamento	303
303. Adjudicação	304
304. Contrato administrativo	305

Capítulo XL

O CONTRATO ADMINISTRATIVO NO DIREITO BRASILEIRO

305. Normas gerais na tradição	307
306. A validade no diploma de 1922	308
307. Tendências consolidando regras	308
308. O Decreto-lei n. 200	309

	<i>págs.</i>
309. A importância no Decreto-lei n. 185	310
310. Obras e serviços de engenharia	311
311. Condições e recursos	312
312. Contratação e penalidades	313
313. A Lei (paulista) n. 89	314

11.ª PARTE

Capítulo XLI

PRAZOS E DURAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

314. A eficácia diante dos efeitos	319
315. Finalidade e prestações de pagamento	320
316. Realização antecipada da finalidade	321
317. Os prazos na execução concluída	322
318. Duração certa e execução	322
319. Os prazos como garantia das obrigações	324
320. Prazos e etapas executórias	324
321. Consequências negativas da execução	325

Capítulo XLII

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: ACOMPANHAMENTO DA EXECUÇÃO

322. O controle do contrato	327
323. A intervenção na execução	328
324. Subordinação aos compromissos contratuais	328
325. Efeitos da execução	329
326. Os pressupostos nas fases executórias	330
327. Consequências derivadas da execução	331
328. A problemática nas concessões	332

Capítulo XLIII

MEDIDAS CORRETIVAS: PRORROGAÇÃO, RENOVAÇÃO OU REVOGAÇÃO

329. Avaliação jurídica do contrato	334
330. Prorrogação e renovação	335
331. Prerrogativa para prorrogar	335
332. Prerrogativa para revogar	336
333. A possibilidade ou a impossibilidade contratual	337
334. Prerrogativa para renovar	338
335. Pressupostos contidos na revogação	339
336. Termos aditivos	340

Capítulo XLIV

MEDIDAS EXTINTIVAS DO CONTRATO: RESCISÃO E ANULAÇÃO

337. Direito de rescisão	342
338. Extinção prematura do contrato	343

	<i>págs.</i>
339. Faculdades transformadas em direitos	344
340. Rescisão em favor do co-contratante	344
341. Casos específicos de rescisão	345
342. Rescisão nas concessões	346
343. Maneiras de rescisão contratual	347
344. Rescisão e anulação	348

12.^a PARTE

Capítulo XLV

A PUBLICIDADE NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

345. Publicização do contrato	353
346. Publicidade ou publicação	354
347. Conhecimento do fato contratual	355
348. A publicidade como garantia de valor jurídico	356
349. O interesse público exigindo publicidade	356
350. Publicidade e validade	357
351. O contrato apreciável nas condições	358
352. Publicidade e responsabilidade	359

Capítulo XLVI

RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA CONTRATUAL

353. Aspectos substanciais na responsabilidade	360
354. Relações de responsabilidade	361
355. Relações afetadas pelas obrigações	362
356. Fundamento da responsabilidade administrativa	362
357. Situações requeridas de responsabilidade	363
358. Condições da existência de responsabilidade	364
359. Nexo causal e responsabilidade	364
360. Culpa contratual e responsabilidade sem culpa	365
361. Culpa contratual e extracontratual	366

Capítulo XLVII

RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA EXTRA CONTRATUAL

362. Distinção nos conceitos de culpa	368
363. Condições de responsabilidade	369
364. Hipóteses na realidade das relações	370
365. Inadimplemento da Administração	371
366. Responsabilidade como garantia legal	372
367. Denúncia dos danos e apreciação da lesividade	373
368. Responsabilidade fora do contrato	374
369. Relação de causa e efeito produzindo prejuízos	375

Capítulo XLVIII

RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA INDENIZATÓRIA

370. Subordinação ao regime do contrato	377
371. Existência de prejuízo	378
372. Culpa e responsabilidade	379
373. Requisitos e fundamentos	380
374. Responsabilidade contraída das obrigações	381
375. Reparação dos prejuízos	382
376. O prejuízo na reparação indenizatória	383
377. O dever-obrigação de reparar	384
Índice onomástico	387
Bibliografia de pesquisa e consulta	393
Índice sistemático	401

●

Composto na
LINOTIPIA TEXTO-GRAF LTDA.
Rua Guaraciaba, 180 - São Paulo

●

Impresso nas Oficinas da
RUMO GRÁFICA EDITORA LTDA.
Rua Dr. Horácio da Costa n.º 1-A
C.G.C. 46.295.564/0001.08 - S. Paulo

●