

Para uma conceituação do que seja o contrato na administração pública, sua classificação, características, natureza intrínseca e extrínseca, seus aspectos formais e materiais, impõe-se uma noção mais profunda da teoria dos atos administrativos. Como problema de fundamental importância no direito administrativo, essa teoria, que tem preocupado os maiores autores, necessita de ser entendida em seus múltiplos aspectos. A matéria, por demais extensa, resultante da ampla atividade do Estado em todos os campos das relações humanas — sociais, econômicas e jurídicas —, quer quanto ao direito público, de que é titular, quer em relação ao direito privado, tem ensejado as maiores divergências doutrinárias.

Themistocles Cavalcanti, tratadista dos maiores no estudo do direito administrativo, informa que, dada a sua estrutura política, o Estado tem de praticar atos que, pela sua natureza, devem possuir características preliminares.

Os atos administrativos só se revestem de natureza de atos jurídicos quando visam, de imediato, a adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos. Ao contrário, quando destituídos de efeitos jurídicos, inscrevem-se como simples atos administrativos, podendo ser anulados ou revogados pela própria Administração, sem outras conseqüências que não as de ordem administrativa, isentas ao controle jurisdicional. Dêles, porém, não cogita o direito administrativo, por isso que, ausentes da construção jurídico-administrativa, nenhuma repercussão possuem no campo das relações de direito público ou privado.

No primeiro caso, porém, em que pêsse a singularidade de suas características, os atos administrativos hão de possuir, para a sua validade, em forma e conteúdo, os pressupostos definidos na lei civil.

Na sua definição, em virtude mesmo daquelas divergências, as dificuldades se avolumam de tal forma que, muitas vezes, a noção de ato administrativo se confunde com a de fato administrativo. E isso porque, sendo o ato a expressão de vontade individual, produzindo, sempre, conseqüências jurídicas quando cria, modifica ou extingue direitos, a sua distinção parece residir, somente, em um conceito de ordem subjetiva, de que o fato administrativo seria a expressão material.

Não se pode, assim, afastar a noção de ato administrativo, no sentido de englobar uma declaração especial de vontade do Estado, do conceito geral de ato jurídico, de que aquêle é a espécie.

Enquanto no direito comum o ato jurídico representa a afirmação de um interesse particular ou privado, no direito público o ato administrativo se revela como a atividade formal ou material do Estado, conforme o órgão de que emana, ou a finali-

O CONTRATO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Dr. Heitor Luz Filho
Procurador do S.A.P.S.

dade a que objetiva, visando ao interesse social na realização de seus próprios fins.

Com respeito ao fato administrativo, entendo ser êle a consubstanciação do ato administrativo no seu aspecto material. Nesse sentido, aproveito a lição de SEABRA FAGUNDES, filiando-me, também, à corrente objetivista em que repontam, como expoentes, ARNALDO DE VALLES e MATTOS DE VASCONCELOS. Para o primeira, o fato administrativo é toda atividade material que o Estado pratica, por meio de seus prepostos, objetivando resultados práticos no interesse de sua própria pessoa. Para o segundo, o fato administrativo é uma consequência do ato administrativo. É o ato em ação ou na sua expressão concreta, na sua fase dinâmica.

De qualquer maneira, diz BIELSA, "do ponto de vista jurídico, a atividade administrativa, qualquer que seja a forma que assuma e os efeitos que produza, concretiza-se em fatos e atos administrativos. O critério da distinção entre atos e fatos é, em princípio, a que serve para distinguir os atos e fatos jurídicos em direito privado" (Derecho Administrativo, vol. II, pág. 1, ed. 1955).

Fixados, de modo sumário, os principais aspectos doutrinários do ato e do fato administrativo, assim como a sua distinção, surge, como de primordial interesse, a necessidade da classificação desses atos para o estudo do contrato na administração pública, dados os diversos aspectos com que se apresentam.

Como toda classificação, também a dos atos administrativos oferece reais dificuldades, considerando a variação de forma e conteúdo desses atos, principalmente no que diz respeito ao seu agrupamento dentro de um sistema que reúna os caracteres comuns de cada ato.

BRANDÃO CAVALCANTI considera a tarefa insuperável, face às divergências existentes. Todavia, para nós, a que merece maior acatamento, sendo aceita, inclusive, pela maioria de nossos juizes na solução dos problemas administrativos, é a de DUGUIT, que considera o ato administrativo sob três

aspectos: o **ato-regra**, o **ato-condição** e o **ato-subjetivo**. Enquanto o primeiro é de ordem geral, como a lei, os estatutos sociais, os regulamentos, não se dirigindo objetiva e particularmente a nenhum indivíduo, mas a todos, o último, o **ato-subjetivo**, ao contrário, dá origem a situações jurídicas individuais, criando direitos subjetivos. O **ato-condição**, de sua vez, visando a aplicar ao indivíduo as disposições legais do **ato-regra**, cria para êle uma condição jurídica individual — um **status** — dentro da qual deve agir e comportar-se, usufruindo de direitos e participando de obrigações.

A substância dessa classificação de DUGUIT está contida nos efeitos dos atos jurídicos.

GASTON JÈZE, que adota, embora com diversa nomenclatura, o princípio básico da classificação de DUGUIT, inclui mais um aspecto dos atos administrativos: os que determinam uma situação jurídica geral, individual ou um fato. São os **atos jurisdicionais**.

De tudo o que está exposto pelos melhores tratadistas, estrangeiros e brasileiros, relativamente à classificação dos atos administrativos, parece-nos que, no condizente ao contrato na administração pública, a melhor classificação é a que segue a própria conceituação de ato administrativo quanto aos seus aspectos *formal e material*.

* * *

Ultrapassada a fase de sua assinatura, aprovação e homologação, o contrato perde a sua característica de ato administrativo formal e se reveste da condição de **fato administrativo**, revelando-se como ato jurídico perfeito e acabado. Nesse ponto êle se confunde com o ato administrativo material, que é, no dizer de MATTOS DE VASCONCELOS, o ato em ação, na sua expressão concreta, na sua fase dinâmica.

Nessa condição, apesar das discussões que ainda persistem, entendemos que o contrato se apresenta, não só como fato administrativo, como também como **ato complexo**, uma vez que, para a sua formalização, se fundem, numa só unidade volitiva

de sentido e objetivo, as vontades individuais dos contratantes, inicialmente contrapostas, dêle resultando direitos e obrigações. Dessa contraposição inicial de vontades surge uma integração volitiva para o mesmo fim, uma cooperação de duas ou mais pessoas, tôdas de direito público, ou de direito público e privado, para o mesmo objetivo de interêsse público ou social. Em face dessa configuração é que entendemos ser o contrato um ato complexo igual, isto é, em que as vontades se nivelam no mesmo valor jurídico. É a vontade da administração pública conjugada com a de um sujeito de direito privado, para um fim determinado, com a criação de uma situação jurídica. Na hipótese, a heterogeneidade de pessoas não pode ser óbice ao instituto do contrato bilateral na administração pública, de vez que o essencial para a existência do contrato é o acôrdo de vontades, o fim determinado e o interêsse comum de sua execução.

Todavia, como ato jurídico, ao lado dos elementos essenciais à sua formação e à sua validade, como a capacidade dos contratantes ou dos agentes, o objeto lícito, a forma não prescrita ou não defesa em lei, o consentimento, o objeto e a causa, o contrato, no campo do direito administrativo, está sujeito, ainda, a normas administrativas. A inobservância dessas normas não pode resultar na anulação **pleno jure** do contrato, se nêle estão patentes tôdas as formalidades essenciais à validade dos atos jurídicos. Quando muito, dar-se-á a sua anulabilidade. E, nessa circunstância, subsistirá a responsabilidade administrativa, dado que, não sendo nulo o ato, mas apenas anulável por inobservância de simples normas cuja ausência não vicia o ato, o direito ao ressarcimento se impõe.

* * *

Embora com o repúdio de alguns autores que entendem só haver contrato no direito privado, não se pode, diante do direito moderno, excluir dessa categoria de atos jurídicos os contratos de direito público e os

contratos administrativos, considerando a sua figura **in abstracto**, o que lhe empresta um conceito geral, identificado com a teoria geral do direito.

É o pensamento de KELSEN e, entre nós, o de MARIO MASAGÃO e CRETELLA JUNIOR.

Não fôra assim, se se limitasse o entendimento à órbita dos preconceitos privatísticos, como querem GIANNINI, VELASCO CALVO, ROGER BONNARD e outros, como se poderiam solucionar as situações jurídicas em que o Estado é parte, como vontade concorrente, na criação de direitos com terceiros em matéria administrativa e, mesmo, no campo do direito comum?

A presença, no contrato de direito público, de todos os requisitos e elementos essenciais do contrato, como ato jurídico, não o caracteriza, forçosamente, como um contrato de direito privado. E isso porque, além de estar sujeito, também, às normas administrativas previstas no Código de Contabilidade Pública, encerra, igualmente, princípios oriundos de teorias de direito público cujas raízes se encontram não só no direito administrativo como no direito constitucional.

A definição de BIELSA é a que mais fielmente retrata essa espécie de contrato, quando diz que "é a convenção que, com fim público, o Estado, como pessoa de direito público, realiza com outra pessoa pública ou privada". (Principios de Derecho Administrativo.)

A impugnação de que no contrato há liberdade de as partes discutirem as cláusulas, da mesma forma que não pode ser alterado unilateralmente, estando as partes em absoluta igualdade — o que não se verificaria em relação ao Estado —, não tem hoje qualquer substância jurídica, mormente em nosso País, onde a Constituição assegura a igualdade de todos perante a lei e a responsabilidade civil do Estado.

Não há dúvida, portanto, de que a administração pública pode celebrar contratos. Na verdade, o faz todos os dias. E quando o faz, assume a posição de parte contratante, em igualdade de condições com o contratado, subordinando-se ora aos cânones do

direito comum, ora aos princípios do direito público, conforme a natureza jurídica do contratado, se pessoa de direito privado ou pessoa de direito público.

No primeiro caso, situam-se os contratos com particulares para prover os serviços administrativos e *suprir as suas necessidades* quanto a fornecimentos, transportes, aquisições, alienações, aluguéis ou serviços relativos aos diversos departamentos da administração pública. Esse tipo de contrato, admitido pelo Regulamento-Geral de Contabilidade Pública na categoria de "contrato administrativo", regula-se pelos mesmos princípios gerais dos contratos de direito comum. Melhor seria, porém, a denominação de **contrato administrativo de natureza privada**, eis que, celebrado por entidade de direito público, englobando as características de ato e fato administrativo de aspecto formal e material, se rege pelos princípios do direito comum, face à natureza de pessoa de direito privado da outra parte contratante.

No segundo caso, quando são observados, apenas, os princípios de direito público, a natureza puramente administrativa do contrato dada a categoria da outra parte, também pessoa jurídica de direito público, a classificação que, a nosso ver, melhor se ajustaria, é a de **contrato administrativo de natureza pública**.

Não comungamos, assim, com o pensamento de ANDRÉ DE LAUBADÈRE quando afirma que "todos os contratos da Administração não são contratos administrativos", fazendo distinção entre contratos administrativos propriamente ditos e contratos de direito privado da Administração.

A nós nos parece, como de melhor técnica, considerando que toda atividade, quer formal, quer material, da Administração, se expressa por meio de atos e fatos administrativos, que todo e qualquer contrato ou convenção firmado pelos poderes públicos é, por sua essência e substância, genericamente, um **contrato administrativo** como espécie, variando, tão-somente, a sua **natureza**, conforme o objeto e as partes que

nêles intervêm: pessoa física ou jurídica de direito privado e pessoa jurídica de direito público.

Esse entendimento, tomado em razão da pessoa ou sujeito, mais consentâneo com a doutrina francesa e aceito por BIELSA, não invalida outras conceituações, as mais respeitáveis e autorizadas, inclusive a que considera os contratos administrativos como especialidade dentro dos contratos civis, e a que os têm, simplesmente, como contratos públicos.

A verdade, porém, é que, embora os primeiros sejam regidos pelo direito comum e os outros sujeitos à jurisdição contencioso-administrativa, nenhum deles poderá deixar de ser apreciado pelo Poder Judiciário, quando se manifeste qualquer lesão de direito das partes, quer sejam elas, apenas, pessoas de direito público ou não, por isso que casos há em que dois ou mais órgãos da administração, direta ou indireta, federal, estadual ou municipal, litigam entre si perante os tribunais.

Pode acontecer, todavia, que num "contrato administrativo de natureza privada" — aquele firmado entre a Administração e um particular —, se estipulem cláusulas nas quais a particular renuncie ao direito comum e se submeta ao regime jurídico especial do direito público. Nesse caso, observada a teoria do consentimento, da manifestação expressa da vontade na liberdade de contratar, sem que isso importe na preponderância da vontade da Administração — **imperium** —, o contrato passa a situar-se na categoria dos "contratos administrativos de natureza pública", com as partes no mesmo nível e em posição de igualdade. Seria o caso das concessões de serviço público, das administrações de obras públicas, dos contratos de cidadania, de serviços técnicos ou científicos com estrangeiros, de opção de nacionalidade etc. Nessa hipótese, o contrato, como ato administrativo no seu aspecto formal, se reveste da característica de **ato-condição** (DUGUIT) para se submeter às disposições legais que estejam contidas na lei ou regulamento — **ato-regra**

—, impondo ao indivíduo particular, pessoa física ou jurídica, um **status**, cujos direitos e obrigações se hão de conformar com os princípios gerais do direito público.

Essa situação, entretanto, não retira do indivíduo o seu direito de recorrer ao Judiciário, com base no direito comum, se ocorrer qualquer lesão ou violação de direito seu, por ato comissivo ou omissivo da Administração, decorrente da relação jurídica estatuída.

Admitida, portanto, a tese de que todos os contratos com a Administração são contratos administrativos, variando, apenas, a sua natureza, conforme a pessoa ou o sujeito, em contraposição com os que aceitam somente o contrato civil, seria de indagar-se: qual o comportamento do Estado diante de uma situação de fato que viesse impedir que o particular, como contratado, ficasse impossibilitado de dar integral cumprimento ao pactuado?

O fato imprevisível, a força maior, podem ser alegados como causa suficiente para as novações contratuais? Há de prevalecer, na hipótese, o interesse da pessoa jurídica de direito público, uma vez que ela representa a coletividade e pretende a um fim social? Tem cabimento a teoria da imprevisão no direito administrativo para a plena aplicação da **rebus sic stantibus** nos contratos ajustados com a Administração? Ou se há de exigir que se observe, ainda, o princípio do **pacta sunt servanda**, da imutabilidade das manifestações de vontades opostas consagrado no DIGESTO e erigido em norma legal no Código Civil Francês? Diante da dinâmica dos fatos sociais, da instabilidade dos fenômenos econômicos e financeiros, da velocidade das manifestações políticas, de todo esse acervo de fatos e circunstâncias, emanados, principalmente, da própria natureza do espírito humano e da ampla e profunda ação do Estado em todos os setores da atividade humana, há de comportar-se o direito administrativo alheio a tudo, com normas e formas imutáveis, fora da própria realidade social e jurídica, ausente dos princípios que comandam os próprios atos e fatos administrativos?

Entendemos que não. A Administração, nas suas relações de negócio, embora mantida dentro das características de pessoa de direito público, quando contrata com o particular submetendo-se aos cânones do direito comum, a êle se nivela para os efeitos civis das relações jurídicas pactuadas.

A teoria da imprevisão, que hoje não encontra mais opositores no campo do direito privado, está sendo admitida, também, por iguais razões jurídicas, no direito público. E isso porque a teoria da imprevisão, face à amplitude e à profundidade de sua repercussão em todos os ramos da ciência jurídica, não se limita ao âmbito do direito privado. Melhor se situa dentro da teoria geral do direito.

Considerando aquelas condições da dinâmica dos fatos, a evolução dos sistemas políticos, das estruturas jurídicas, sociais e econômicas, tudo se submetendo a eventos futuros e incertos, não mais encontra apoio a tese da inalterabilidade dos contratos administrativos.

As regras de direito, ajustando-se, também, no tempo e no espaço, às condições novas surgidas por imposição de fatos imprevisíveis e estranhos à vontade do homem, revelam que as normas e obrigações estabelecidas nos contratos, qualquer que seja a sua natureza, não podem permanecer intangíveis por largos períodos.

Se, dadas as circunstâncias do caso, a proposta de contrato desobriga o proponente, com maior razão essas mesmas circunstâncias — que não podem, todavia, consistir em simples alegação, mas em fato superveniente, imprevisível e estranho à vontade das partes —, deverão ser consideradas, quer para a efetivação de alterações contratuais, quer para a sua resolução total, sem que isso importe em inadimplemento. O fato, a circunstância, todavia, deve ser inesperado, excepcional e determinante de condições tais que a continuidade da obrigação assumida acarrete, para a parte, um estado de plena insolvência. Há de ser superior ao **risco comum**, que é o acontecimento cabível, suportável, normal, inca-

paz de, por si só, resultar na ruína econômica ou financeira.

O fato *extraordinário*, porém, para eximir-se o obrigado à satisfação plena do que pactuou, é invocável, apenas, pelo particular que contrata com a Administração. Não o pode ser pelo Estado, mesmo que a continuação do pacto venha a resultar num *desequilíbrio de ordem administrativo*. A teoria da imprevisão não tem aplicação em favor do Estado, embora os contratos que ajuste com o particular estejam sujeitos aos princípios civilistas. Isso decorre do fato de ser a teoria da imprevisão de fundo substancialmente econômico. As *circunstâncias* originadas por leis, regulamentos ou outros atos administrativos, de sua iniciativa — **fato do príncipe** —, que interessem ou incidam diretamente sobre o contrato ou o seu objeto, afetando-o, quer na sua continuidade de execução, quer na substância de suas cláusulas, não podem ser tidas como **excepcionais**. O evento aleatório de iniciativa da Administração assegura ao contratado, portanto, quer por meios administrativos, quer contenciosos, o direito ao ressarcimento dos prejuízos. A compensação patrimonial, decorrente do fato de ter sido o contratado obstado no cumprimento de sua obrigação, se justifica plenamente. É que, não se interrompendo nem extinguindo a pessoa jurídica de direito público, quer em suas atividades, quer em sua existência jurídica, qualquer que seja o órgão, dada a continuidade do Estado, o fato aleatório de sua iniciativa não pode ser invocado como capaz de eximi-la da obrigação.

A aplicação, porém, da **rebus sic stantibus**, como evento imprevisível nos contratos administrativos, não pode ser feita ao simples arbítrio. Há de exigir-se o reconhecimento de condições essenciais, face ao inequívoco *interesse público* dos contratos dessa natureza. Se o contratado não pode nem deve sofrer prejuízos que poderiam capitular-se como injustos, e que teriam origem, apenas, em situações políticas, administrativas, econômicas ou financeiras criadas pelos *responsáveis pela Administração*, não se há de admitir, também, que o poder público fique à mercê do particular, sob a ameaça de ver os serviços paralisados se não atender a despropositadas reivindicações.

É necessário, portanto, que se prove — o que se fará pelo contencioso administrativo ou mediante vistoria judicial precedida de notificação, para resguardo, conservação ou ressalva de direitos — que o evento foi, absolutamente, imprevisível e que o *desequilíbrio econômico* acarretará um **deficit**

capaz de comprometer a estabilidade da empresa. Deve ser provado, ainda, que a execução do contrato nas bases ajustadas tornou-se de *todo impossível*; que houve *boa-fé* por ocasião de sua lavratura; que os preços convencionados eram justos e reais; que não houve locupletamento ilícito na execução do contrato ou falha na administração do negócio. Finalmente, é de provar-se a *ausência de dolo ou culpa de qualquer natureza* por parte do contratado.

No Brasil, face à instabilidade política e social que se vem verificando desde 1930 e às naturais decorrências desse estado de *efervescência*, com profundas repercussões na vida econômica e financeira do País, como dos indivíduos, isolados ou em grupos, a teoria da imprevisão nos contratos administrativos vem sendo aceita como a única maneira de se dar continuidade às *obras públicas e aos negócios com o Estado*. E já se torna comum, nos contratos, a inserção da cláusula da imprevisibilidade ou, mesmo, de reajuste automático, toda vez que, por decorrência de fatos estranhos aos contratantes, se verificar alteração substancial nas *relações sócio-econômicas do País*. A inclusão dessa cláusula nos contratos com a administração pública, quebrando a rigidez clássica do **pacta sunt servanda** ainda encontra, porém, resistência no Tribunal de Contas, que se nega a aprovar e registrar esses contratos da *administração direta*. É uma posição, a nosso ver, de intransigência, que não se coaduna com a realidade social e jurídica de nossos dias. Já na administração indireta ou autárquica, cujos contratos não necessitam de ser registrados naquele Tribunal, em *virtude de possuírem* economia própria e autonomia financeira, a aplicação da teoria da imprevisão não encontra obstáculos. Os administradores ficam, apenas, sujeitos a ter as suas contas impugnadas pelo Tribunal, quando levadas à sua *aprovação por determinação* do item II do art. 77 da Constituição Federal, se nelas houver despesas decorrentes da execução de contratos com cláusula de reajustamento. O impasse, todavia, será de ordem administrativa, entre o administrador e o Tribunal, sem repercussão na relação jurídico-contratual já executada entre a autarquia e o particular.

Do exposto se observa que, apesar das divergências doutrinárias, o Direito Administrativo Brasileiro, no campo dos contratos, pelo *entendimento de nossos juristas*, já se apresenta com certa uniformidade, com fundamentos próprios, esboçando-se a formação de uma nova doutrina, de uma escola própria, capaz de influir, poderosamente, no pensamento alienígena.