

Dentre eles distinguem-se, segundo a linguagem doutrinária corrente:

- a) contratos de Direito Privado da Administração;
- b) "contratos administrativos".

Os primeiros regem-se quanto ao conteúdo e efeitos pelo Direito Privado e os segundos reger-se-iam pelo Direito Administrativo. Assim, como exemplos dos primeiros têm-se a compra e venda de um imóvel, a locação de uma casa para nela instalar uma repartição pública etc. Exemplificam os segundos a concessão de serviço público, o contrato de obra pública, a concessão de uso de bem público.

3. Uns e outros estão *parifcados* pelo menos quanto às condições e formalidades para estipulação e aprovação, disciplinadas pelo *Direito Administrativo*?² do que resultam, caso violadas as normas pertinentes, vícios específicos a estas figuras; vale dizer: caracterizados de acordo com os princípios e normas do Direito Administrativo.

4. Ditos contratos *diferem* entre si quanto à disciplina do vínculo. Isto é: enquanto os contratos de Direito Privado travados pela Administração regulam-se em seu conteúdo pelas normas desta pro-
víncia do Direito — ressaltados os aspectos suparreferidos —, os "contratos administrativos" assujeitam-se às regras e princípios hauridos no Direito Público, admitida, tão só, a aplicação supletiva de normas privadas compatíveis com a índole pública do instituto.

Peculiaridades do contrato administrativo

5. Tal disciplina marca-se sobretudo (embora não só) pela possibilidade de a Administração *instabilizar* o vínculo, seja:

- a) *alterando* unilateralmente o que fora pactuado a respeito das obrigações do contratante;
- b) *extinguindo* unilateralmente o vínculo.

2. A pessoa ou autoridade pública investida de poderes para contratar dispõe da competência segundo as regras de Direito Administrativo. As formalidades que precedem o contrato, quais a autorização para contratar, a exigência da licitação e, eventualmente, requisitos a serem atendidos, também se disciplinam pelo Direito Administrativo. Os contratos da Administração no Direito brasileiro, sejam administrativos ou não, são examinados quanto à sua legalidade pelo Tribunal de Contas, que, em caso de inobservância das normas a que estavam adstrições, pode solicitar ao Congresso Nacional determine sua sustação (art. 71 da Carta Constitucional).

Capítulo X

O CONTRATO ADMINISTRATIVO

- I. *Introdução*. II. *O contrato administrativo no Direito francês*. III. *O contrato administrativo na doutrina brasileira*. IV. *Conceito de contrato administrativo*. V. *Características do chamado "contrato administrativo"*. VI. *O contrato administrativo no Direito Positivo brasileiro*. VII. *Equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo*. VIII. *A cláusula "rebus sic stantibus"*. IX. *A teoria da imprevisão*. X. *As cláusulas de reajustes de preços*. XI. *Os reajustes e os índices oficiais*. XII. *Obrigações do Estado derivadas de contratos inválidos ou "inexistentes"*. XIII. *Os quase contratos e o entriquecimento sem causa*. XIV. *Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC)*. XV. *Convênios e consórcios*.

I. *Introdução*

1. Tradicionalmente entende-se por contrato a relação jurídica formada por um acordo de vontades, em que as partes obrigam-se reciprocamente a prestações concebidas como contrapostas e de tal sorte que nenhum dos contratantes pode unilateralmente alterar ou extinguir o que resulta da avença. Daí o dizer-se que o contrato é uma forma de composição pacífica de interesses e que faz lei entre as partes.

Seus traços nucleares residem na *consensualidade* para formação do vínculo e na *autoridade* de seus termos, os quais se impõem igualmente para ambos os contratantes.¹

2. Nem todas as relações jurídicas travadas entre Administração e terceiros resultam de atos unilaterais. Muitas delas procedem de acordos de vontade entre o Poder Público e terceiros. A estas últimas costuma-se denominar "contratos".

1. Cf. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, "O contrato de Direito Público ou administrativo", in *RDA* 88/25.

Ambas as formas de instabilização constituem um direito da Administração, ressalvadas a identidade do objeto da avença e a plena garantia dos interesses patrimoniais da outra parte.

6. Estas prerrogativas derivariam ou da sistemática normativa, que protege acenadamente determinadas atividades públicas, ou de cláusulas “contratuais” concebidas como “exorbitantes”. Tanto poderiam ser colhidas nos textos que diretamente regulem a matéria — quando existentes — como deduzidas dos princípios retores de certas atividades públicas. Vale dizer: ou se reputam *implícitas*, seja na ordenação normativa, seja no bojo do contrato, ou estão realmente *explícitas* na lei ou em cláusula expressa do contrato.

7. *De consequente*, as prerrogativas da Administração no chamado contrato administrativo são reputadas existentes por força da ordenação legal ou das cláusulas exorbitantes da avença. Evidentemente, sua “exorbitância” ocorre em relação ao Direito Privado e consiste em abrigar disposições nele inadmissíveis ou *incommuns*.

É de notar que as prerrogativas em pauta colocam o “contrato” à mercê de uma das partes, tanto no que atina à continuidade quanto, dentro de certos limites, no que respeita às condições relativas à prestação de certa atividade particular. Daí que subvertem profundamente a noção de contrato encontrada na teoria geral do Direito, autorizando a questionar se ainda seria o caso de usar com propriedade esta titulação. A qualificação “administrativo” aposta à palavra “contrato” parece, no caso, ter o condão de modificar o próprio sentido substantivo.

II. O contrato administrativo no Direito francês

8. Foi a doutrina francesa que desenvolveu a teoria do “contrato administrativo”³, fortemente embasada nos ares do Conselho de Estado. No Direito brasileiro os estudiosos se assentaram nos autores franceses. Como os administrativistas franceses pouco mais fazem — em sua maioria e já há muitos anos — senão sistematizar sua jurisprudência, os doutrinadores brasileiros, por vias indiretas, teorizam sobre a jurisprudência francesa na matéria.

3. O principal teórico na matéria foi Gaston Jèze (*Principes Généraux du Droit Administratif*, ts. III, IV, V e VI). Modernamente, a obra mais saliente é de André de Laubadère (*Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, 3 vols.). É também largamente difundido o estudo de Péquignot (*Théorie Générale du Contrat Administratif*).

9. O Conselho de Estado da França teve diante de si, fundamentalmente, dois problemas para solucionar, a saber:

- a) quais os poderes ou sujeições inerentes ao “contrato administrativo”, ou seja, qual seu “regime”;
- b) quando se deve reputar administrativo um contrato, e, portanto, submisso a este regime.

10. Com relação ao primeiro aspecto, não é difícil verificar que os traços peculiares ao regime do “contrato administrativo” giram em torno da *supremacia* de uma das partes, que, a seu turno, procede da prevalência do interesse público sobre interesses particulares. Esta supremacia vai expressar-se tanto na possibilidade de *instabilizar* a relação, segundo os termos já apontados, quanto na *autoridade* do contratante público. Esta autoridade se manifesta pela *presunção de legitimidade de seus atos*, pelo amplo *controle e fiscalização* da execução do contrato, pela possibilidade de *impor sanções* ao contratante privado. Além disto, a supremacia do interesse público incompatibiliza-se, muitas vezes, com a possibilidade de o contratante privado invocar a *exceptio non adimpleti contractus* (exceção de contrato não cumprido), donde não se lhe reconhecer tal direito.

Estes traços são havidos como necessários para garantir a regular satisfação do interesse público substanciada no contrato. É bem de ver que as particularidades de cada qual especificam-se, ademais, nas cláusulas “exorbitantes” que porventura contenham.

11. Com relação ao segundo aspecto — o de saber-se quando tal ou qual contrato é administrativo —, firmou-se o entendimento de que teria este caráter o contrato firmado pela Administração que atendes-se a um dentre estes três requisitos:

- a) receber tal qualificação por lei;
- b) ter por objeto a própria *execução de um serviço público*;
- c) conter cláusulas “exorbitantes”.⁴

4. Estes são, conforme se depreende da doutrina francesa, os requisitos para que um contrato seja administrativo. Os autores não discrepam quanto a isto, embora nem sempre apresentem a enunciação nos termos singelos em que o fizemos, recolhendo a fórmula exposta por Vedel (*Droit Administratif*, 3ª ed., Presses Universitaires de France, 1964, pp. 614 a 616). Consultem-se ainda, a respeito, Waline (*Droit Administratif*, 9ª ed., Sirey, pp. 565 e ss.), Rivero (*Droit Administratif*, 3ª ed., Dalloz, 1965, pp. 100 a 102) e Laubadère (*Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 3ª ed., vol. I, LGDJ, 1963, pp. 282 a 287).

12. Restaria saber o que é cláusula exorbitante. Os mesmos franceses, debruçando-se afadigadamente sobre as decisões do Conselho de Estado de seu país, concluem que, de acordo com elas, a cláusula exorbitante caracteriza-se por seu caráter incomum em um contrato de Direito Privado, seja porque aí seria nula, seja porque inadaptada a ele ainda que não fora nula.⁵

III. O contrato administrativo na doutrina brasileira

13. A doutrina brasileira, praticamente unânime e sem oposição jurisprudencial, denomina contrato administrativo à figura cujos traços foram bosquejados, reconhecendo-lhe as mesmas características que lhe são imputadas no Direito francês.

Quanto a nós, acompanhando as lições do Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello⁶ — que tratou do assunto com mestria insuperável —, entendemos que esta rotulação “contrato administrativo” tem sido utilizada de maneira imprópria e muito infeliz, porque propiciadora de equívocos.

14. Com efeito, sob tal nome estão radicalizadas situações jurídicas muito distintas, a saber:

a) contratos em que os poderes reconhecíveis ao Poder Público advêm diretamente das disposições legais e por isso não lhe

5. Diz Waline:

“A jurisprudência, que emprega frequentemente a expressão ‘cláusula exorbitante’ ou ‘derrogação de Direito Comum’ e que lhe atribui consequências tão importantes, infelizmente não a define. Há, na doutrina, duas concepções muito diferentes a respeito de uma tal cláusula: para Vedel é toda cláusula incomum nos contratos de Direito Privado.

“Parecia-me que não se poderia extrair uma qualificação jurídica de um simples caráter inabitual e eu havia proposto o critério, que me parecia mais jurídico, da impossibilidade de inscrever tal cláusula em um contrato de Direito Privado sem infringir a ‘ordem pública’. E efetivamente pode-se citar neste sentido algumas decisões judiciais (Paris, 12 de março D., 1959, *Sontm.*, 85).

“Parece-me, todavia, mais exato dizer que a cláusula exorbitante é aquela que não se encontra normalmente no contrato de Direito Privado, seja porque nele seria nula por contrária à ordem pública, seja ainda porque foi inserida no contrato pela autoridade administrativa em função de preocupações de interesse público que são estranhas às pessoas de Direito Privado quando contratam entre si” (ob. cit., p. 572, n. 963).

6. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, 3ª ed., 2ª tir., vol. 1, Malheiros Editores, 2010, pp. 670 e ss.; “O contrato de Direito Público ou administrativo”, *RDA* 88/15 e ss., e *Da Licitação*, José Bushatsky, 1978, pp. 21-27.

poderão ser negados mesmo que as cláusulas contratuais não os estabeleçam;

b) “contratos” em que os poderes de instabilização da relação jurídica existiriam independentemente de qualquer previsão contratual ou normativa explícita. É o que se passa com as *concessões de serviço público* ou de utilização do domínio público. Parece-nos, todavia, que nestas hipóteses há instabilidade justamente porque o objeto da relação jurídica serve para identificá-la mas não é suscetível de um contrato propriamente dito e por isso não pode estrair-se por obra da conjugação da vontade da Administração e do particular.

15. Em suma: o Poder Público, em razão de suas funções, tem sempre disponibilidade sobre o serviço público e sobre a utilização de um bem público; inversamente, o particular jamais pode tê-la, pois está envolvido na questão um bem *extra commercium*. O contrato jamais seria via idônea para propiciar a um administrador senhora, conquanto parcial, sobre um interesse público, seja no que respeita à forma de satisfazê-lo, seja no que atina ao prazo de duração de vínculo versando sobre ele.⁷

16. Daí que os poderes reconhecidos à Administração nestes “contratos administrativos” parece-nos que nada têm de contratuais. São poderes relativos à prática de atos unilaterais, inerentes às competências públicas incidentes sobre aqueles objetos. É só por esta razão que prescindem de cláusulas contratuais que os mencionem e de normas legais sobre contratos efetuados pela Administração. Tais poderes de instabilização descendem diretamente das regras de competência administrativa sobre os serviços públicos e o uso de bens públicos. E são competências inderrogáveis pela vontade das partes, insuscetíveis de transação e, pois, de “contratos”.

17. Aliás, é curioso notar que os doutrinadores afirmam, muitas vezes, reportados aos “contratos administrativos” em geral — e não apenas a esta espécie ora cogitada —, que neles se contém cláusulas “regulamentares” (as mutáveis) e cláusulas imutáveis atinentes à parte econômica. Esta assertiva faz, de si mesma, prova de que certas disposições que o regulam não integram o contrato. É dizer, não são contratuais, pois não podem ser objeto de avença. Estão à mar-

7. Não seria possível que o interesse público ficasse vergado ao interesse particular. Daí o sem-sentido de recorrer-se à teoria do contrato em certos casos.

gem da influência da vontade do contratante privado. Em suma: são alheias ao acordo. E, se lhe são estranhas, como podem ser contratuais? Segue-se que o contratual seria apenas o que podia ser objeto de pacto e foi pactuado, a saber: a parte econômica convencionalizada. Logo, só existe contrato com relação a isto. O mais provém de ato unilateral da Administração Pública sob cuja regência coloca-se o particular, sujeitando-se a uma situação cambiável. Tais circunstâncias deveriam ser suficientes para evidenciar que as relações jurídicas constituídas entre o Poder Público e particular sob a égide do regime em apreço apresentam radical disparidade em relação aos contratos. Daí a inconveniência de abrigar sob um único rótulo figuras jurídicas tão distintas e submissas a critérios e princípios completamente diversos. Esta argumentação, entretanto, não sensibilizou nossa doutrina e jurisprudência.

18. De todo modo, o certo é que não se pode impedir que a doutrina absolutamente majoritária no Brasil resolva designar sob o nome “contratos administrativos” esta variedade de relações tão dispares⁸ (v. Capítulo XII, nota de rodapé 14).

As palavras são meros rótulos que sobrepomos às coisas. Seria desejável que às realidades distintas fossem dadas titulações diferentes, para evitar confusões e extrapolações indevidas, como ocorre no caso. Seria preferível evitar terminologia que afilia à matriz contratual alguns destes vínculos cuja índole não se compatibiliza com a ascendência que se lhes quer inculcar. Entretanto, parecem fadados ao insucesso quaisquer esforços para demonstrar a inconveniência desta rotulação.

19. Com estas ressalvas passemos a examinar os chamados “contratos administrativos”, isto é, as relações convencionais que por força de lei, de cláusulas contratuais ou do objeto da relação jurídica situem a Administração em posição jurídica peculiar em prol da satisfação de um interesse administrativo.

IV. Conceito de contrato administrativo

20. À vista das considerações precedentemente feitas, pode-se conceituar contrato administrativo da seguinte forma: é um tipo de

avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições prestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressaltados os interesses patrimoniais do contratante privado.

21. Os principais contratos administrativos seriam o de concessão de serviço público, o de obra pública, o de concessão de uso do domínio público a eles se acrescendo os contratos de fornecimentos em geral e os de prestação de serviços — como indica Hely Lopes Meirelles.⁹

22. Estes tipos de avença entre entidade pública e terceiro, consoante opinião prevalente dos doutos, apresentam originalidade em relação às congêneres do Direito Privado, pela circunstância de sua disciplina jurídica sofrer o influxo de um interesse público qualificado a ser, por via delas, satisfeito.

Cairo Tácito, em expressão muito feliz, apostilou: “A tônica do contrato se desloca da simples harmonia de interesses para a consecução de um fim de interesse público”.¹⁰

23. Exatamente por isso, a relação em causa governa-se por princípios específicos — de Direito Administrativo — e se submete a regras da mesma espécie.

Tais preceitos visam a garantir a satisfação do interesse público, de tal modo que assujeitam peculiarmente o vínculo ao cabal cumprimento deste desiderato, o que, de resto, como ao diante se verá, em nada compromete os interesses do particular substanciados no ajuste. Conferem à Administração prerrogativas de supremacia, enquanto instrumentais à realização da finalidade pública e na medida em que o sejam, do mesmo passo em que lhe irrogam sujeições típicas, umas e outras armadas ao propósito de acautelar o interesse público.

24. Os princípios aludidos afinam-se, portanto, com a posição característica da Administração, que é de indeclinável compromisso com um interesse cujo atendimento não pode ser postergado. Sua defesa postula, a um só tempo, a existência de assinalados poderes

8. O próprio Texto Constitucional, no art. 175, parágrafo único, refere-se aos “contratos” de concessão de serviço público.

9. *Licitação e Contrato Administrativo*, 15ª ed., Malheiros Editores, 2010, pp. 362 e ss.

10. *Direito Administrativo*, Saraiva, 1975, p. 292.

inculcados à Administração e restrições que lhe cerceiam, o quanto possível, eventuais extravios de sua conduta.

V. Características do chamado "contrato administrativo"

25. Em decorrência dos poderes que lhe assistem, a Administração fica autorizada — respeitado o objeto do contrato — a determinar modificações nas prestações devidas pelo contratante em função das necessidades públicas, a acompanhar e fiscalizar continuamente a execução dele, a impor as sanções estipuladas quando faltas do obrigado as ensejarem e a rescindir o contrato *sponte propria* se o interesse público o demandar.

Estes pontos trazidos à baila ressaltam peculiaridades do chamado contrato administrativo, mas longe estão de retrair a integralidade de seu perfil, pois atinam para uma face do problema, apenas. Vale dizer: revelam tão só os ângulos especificadores correlacionados com a posição do contratante público. O chamado contrato administrativo de modo algum configura relação em que assistem vantagens e poderes apenas para uma das partes, como ao diante melhor se dirá. Se assim fora, como é curial, jamais o Poder Público encontraria quem com ele travasse tais avenças. Foi, de resto, o que saltentou Francis-Paul Benoît: "Não é por isso que se deva menosprezar o interesse do particular contratante. Aliás, se se procedesse desta maneira, é perfeitamente evidente que a Administração não encontraria contratantes."¹¹

Vem a talho trazer à colação comentário do precitado Caio Tácito quando alude a um traço imprescindível do contrato administrativo, consistente no resguardo dos interesses do contratante, designado, a cotio, direito ao equilíbrio econômico-financeiro: "Essa garantia do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo — que tem outras implicações, como adiante indicado — preserva a sua natureza *comutativa* (equivalência intrínseca entre as prestações) e *sinalgmática* (reciprocidade das obrigações)."¹²

26. A existência das prerrogativas especiais ou das cláusulas assas de vezes nominadas de "exorbitantes", quer assim se qualifiquem por serem apenas insuetas no Direito Privado, quer assim se

designem por serem, sobre incommuns, também inadmissíveis nas relações entre particulares, em absoluto representa aniquilamento ou minimização dos interesses do contratante no objeto de sua prestação contratual.

Pelo contrário: a outra face do problema, contraposta às prerrogativas da Administração, assiste precisamente no campo das garantias do particular ligado pelo acordo. Cabe-lhe integral proteção quanto às aspirações econômicas que ditaram seu ingresso no vínculo e se substanciaram, de direito, por ocasião da avença, consoante os termos ali estipulados. Esta parte é absolutamente intangível e poder algum do contratante público, enquanto tal, pode reduzir-lhe a expressão, feri-la de algum modo, macular sua fisionomia ou enodá-la com jaça, por pequena que seja.

Daí outra peculiaridade do assim chamado contrato administrativo, conforme notação dos especialistas. A contrapartida dos poderes da Administração é uma proteção excepcionalmente grande em proveito do particular, de modo que a desigualdade dantes encarçada equilibra-se com o resguardo do objetivo de lucro buscado pelo contratante privado.

Neste lanço, calha à fiveleta o seguinte autorizado escólio da lava de Jean Rivero: "Esta desigualdade fundamental tem um limite do lado financeiro: o contratante, neste terreno, *se beneficia de garantias que o Direito Privado ignora* e que tendem a lhe assegurar de todo modo e qualquer que seja o uso feito pela Administração, de suas prerrogativas, uma remuneração conforme às previsões iniciais."¹³

No mesmo sentido é o comentário de Benoît advertindo contra o equívoco de se supor que as prerrogativas da Administração implicam inculcar ao contraente particular uma posição desfavorável em relação aos contratos privados. Faz notar que, bem ao contrário, sob o ângulo das garantias de ordem financeira pode resultar o oposto. Daí sua lição, que vem a preceito: "O regime de contrato de Direito Público pode, bem ao contrário, revelar-se muito mais favorável aos particulares contratantes com a Administração do que o é o regime do contrato de Direito Privado, na medida em que surge como necessário defender o interesse geral através do interesse do particular: a jurisprudência sobre imprevisto ilustra este fato de maneira marcante."¹⁴

11. *Le Droit Administratif Français*, Dalloz, 1968, p. 588.

12. *Ob. cit.*, p. 293.

13. *Droit Administratif*, 3ª ed., Dalloz, 1965, p. 108.

14. *Ob. e p. cit.*

A lógica do contrato administrativo

27. Em suma, a figura jurídica designada por contrato administrativo esforça-se na seguinte dualidade: de um lado, o Poder Público usufrui de todos os poderes indispensáveis à proteção do interesse público substanciado no contrato. E bem de ver que estes entendem-se com sua execução e persistência. De outro lado, cabe ao particular integral garantia aos interesses privados que diaram sua participação no vínculo, consante os termos ali constituídos. Por isso está protegido às completas, assim na parte econômica que nas cláusulas porventura não interferentes com o interesse público a ser satisfeito por meio da avença travada entre ele e a Administração.

Diga-se, de passagem, que é, aliás, fora de qualquer dúvida ou entredúvida que o Poder Público não se pode livrar de ressarcir integralmente o contraente dos agravos econômicos oriundos de fato seu, por ocasião do contrato, mesmo quando exercia seu direito de alterá-lo unilateralmente ou de extingui-lo antes do prazo estipulado.

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

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

Por isso mesmo não há fugir à conclusão de que ao Poder Público pertencem todas as prerrogativas necessárias ao bom asseguramento do interesse público, de sorte que pode adotar as providências requeridas para tanto, ainda que impliquem alterações no ajuste inicial. Também não há evadir-se à conclusão de que nunca por nunca poderá a Administração esquivar-se à contrapartida delas, isto é, ao cabal ressarcimento dos gravames resultantes para o contratante privado.

VI. O contrato administrativo no Direito Positivo brasileiro

29. Em nosso Direito, compete à União "expedir normas gerais sobre contratação, em todas as modalidades, para as Administra-

ções Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III", como dispõe o art. 22, XXVII, do Texto Constitucional. Estados e Municípios legislarão para si, respeitadas estas normas gerais.

Ditas normas gerais, assim como a legislação específica da União, estão consubstanciadas na Lei 8.666/1993, com as alterações introduzidas sobrepuado pela Lei 8.883, de 8.6.1994. No Estado de São Paulo a matéria é, ainda, regulada pela Lei 6.544, de 22.11.1989, mas é claro que terá de ajustar-se às normas gerais mencionadas e, desde logo, sofre o influxo de suas disposições. Já no Município de São Paulo foi editada a pertinente Lei 13.278, de 7.1.2002.

Em todas elas estão traduzidas as noções até aqui expostas sobre contrato administrativo. Isto é, preveem o conjunto de prerrogativas em prol da Administração, dantes mencionadas e que são exercitáveis *nos limites e termos da lei*, a saber: a) de modificá-lo, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, mas com variações de quantitativos e preços cifrados ao disposto na lei; b) extingui-lo, unilateralmente, nos casos especificados em lei; c) fiscalizar-lhe a execução; e d) aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste. É o que didaticamente enunciaram os arts. 58 da Lei 8.666 e 53 da lei paulista.

Cumpre anotar que existem inúmeras disposições visando a assegurar situação de vantagem para os produtos manufaturados nacionais e para os serviços nacionais.

De outro lado, completando o que há de nuclear no regime do contrato administrativo, a Lei 8.666 refere a proteção ao equilíbrio econômico-financeiro, nos arts. 57, § 1º, 58, §§ 1º e 2º, e 65, II, "d", §§ 5º e 6º, podendo ser referido ainda, por ter igual finalidade, o art. 40, XI e XIV, "a" e "c".

Aliás, a garantia do contratado ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo não poderia ser afetada *nem mesmo por lei*. É que resulta de *dispositivo constitucional*, o art. 37, XXI, pois, de acordo com seus termos, obras, serviços, compras e alienações serão contratados com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta.

É evidente que, para serem mantidas as efetivas condições das propostas (constantes da oferta vencedora do certame licitatório que

precede o contrato), a Administração terá de manter íntegra a equação econômico-financeira inicial. Ficará, pois, defendida tanto contra os ônus que o contratado sofrirá em decorrência de alterações unilaterais, ou comportamentos falhosos da Administração, quanto contra elevações de preços que tornem mais onerosas as prestações a que esteja obrigado, como, ainda, contra o desgaste do poder aquisitivo da moeda provocado por inflação, em todos os contratos que se prolongam no tempo.

De outra parte, o equilíbrio econômico-financeiro está abrigado, ainda, por outro dispositivo constitucional: o art. 5º, XXXVI, segundo o qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. A equação econômico-financeira contratual é um direito adquirido do contratado, de tal sorte que normas a ele sucessivas não poderiam afetá-lo.

Alteração unilateral do contrato

30. O poder de alteração unilateral tem sua compostura e extensão qualificadas na lei. Assim, é cabível “quando houver modificação do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos seus objetivos” ou “quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto” (art. 65, I, da Lei 8.666/1993), acréscimos ou supressões, estes, *que, na conformidade do § 2º do mesmo artigo, não podem exceder de 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial do contrato no caso de obras, serviços ou compras, e de 50% (cinquenta por cento) no caso de acréscimo em reformas de edifícios ou equipamentos* (§ 1º do art. 65). Deve-se entender por valor inicial do contrato seu valor substancial, ou seja, com a correção monetária cabível.

Note-se que a vedação contida no § 2º do art. 65 da Lei 8.666 — a de exceder os 25 ou 50% — está reportada tão somente à alteração unilateral a que se remete a letra “b” do inciso I (“quando necessitaria a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta lei”, os quais estão fixados no § 1º). Não diz respeito, pois, ao que está mencionado na letra “a” (“modificação do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos seus objetivos”).

De fato, o § 2º do art. 65 (que declara inacetáveis quaisquer acréscimos ou supressões excedentes dos limites fixados) remete ex-

pressamente ao parágrafo anterior. Ora, neste, ou seja, no § 1º, está estabelecido que o contratado fica obrigado a aceitar *acréscimos* ou *supressões* que se fizerem nas obras, serviços ou compras até 25% ou, no caso de reforma, 50%. Portanto, ambos os parágrafos (1º e 2º) estão reportados a “acréscimo” ou “diminuição”: expressões idênticas ou equivalentes às utilizadas na letra “b” do art. 65, I (“acréscimo ou diminuição”), que é o que trata de *alteração de quantitativos*. Demais disto, é também nesta letra “b” — e *unicamente nela* — que se faz referência a “nos limites permitidos por esta lei” — expressão que *inevite* na letra “a” (que trata de “modificação do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos seus objetivos”). Esta inclusão dos limites em uma e exclusão em outra não pode ser desconsiderada.

Isto não significa, entretanto, total e ilimitada liberdade para a Administração modificar o projeto ou suas especificações, pena de burla ao instituto da licitação. Estas modificações só se justificam perante circunstâncias específicas verificáveis em casos concretos, quando eventos supervenientes, fatores invulgares, anomalias, desconcertantes de sua previsão inicial, vêm a tornar inalcançável o bom cumprimento do escopo que o animara, sua razão de ser, seu “sentido”, a menos que, para satisfatório atendimento do interesse público, se lhe promovam alterações.

Alteração bilateral do contrato

31. Alterações contratuais também são *efetiváveis bilateralmente*, isto é, por acordo das partes nos casos previstos no art. 65, II, da Lei 8.666/1993. Cogita de modificação do regime de execução ou modo de fornecimento para melhor adequação técnica, modificação de forma de pagamento, por imposições de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial, para substituir a garantia de execução ou para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial afetado por fatos imprevisíveis ou previsíveis mas de consequências incalculáveis, ou, ainda, no caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe (para este conceito v. Capítulo XII, n. 63 e nota de rodapé 37).

Não se consideram alteração a “variação do valor contratual para fazer face ao reajuste previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações

orçamentárias suplementares até o limite do valor corrigido". Podem ser registradas por simples apostila, dispensando celebração de adiamento (art. 65, § 8º).

A lei prevê (§ 2º do art. 65) que, por mútuo acordo, admitir-se-ão supressões nas obras, compras ou serviços excedentes dos limites dantes referidos (25% ou, no caso de reforma, 50%); não, porém, acréscimos.

Parece-nos, entretanto, que a dicção legal, conquanto muitíssimo salutar, não deve ser recebida de modo extremado. É que, por mútuo acordo, segundo entendemos, poderia caber modificação excedente dos limites previstos no § 1º do art. 65 caso ocorra alguma situação anômala, excepcionalíssima, que a justifique, ou, então, em face das chamadas "sujeições imprevisíveis"; isto é: quando dificuldades naturais insuspeitadas se antepõem à realização da obra ou serviço, exigindo tal acréscimo. Seria o caso, *e.g.*, de o perfil geológico revelar-se diferente daquele constante dos dados oferecidos pela Administração ou descoberta de um lençol freático insuspeitado.

Extinção do contrato: generalidades e a extinção unilateral

32. O contrato tanto pode se extinguir pela conclusão de seu objeto quanto pela conclusão do prazo previsto para sua duração.

Dentre as classificações dos contratos administrativos, uma de significativa importância é a que os divide em contratos de escopo e contratos de atividade continuada, também nomináveis como contratos por prazo de execução. Os primeiros têm em vista a *conclusão de um dado objeto* — obra, como a construção de um viaduto, ou mesmo, mais raramente, um específico serviço concebido como unidade, tal a tradução de um livro. Os segundos pressupõem uma atividade continuada demarcada pelo prazo, como o contrato para que alguém forneça alimentação para presídio durante um ano.

É claro que todo contrato administrativo tem um prazo de vigência. Este, pela Lei 8.666, conforme o art. 57, é, como regra geral, o da vigência dos respectivos créditos orçamentários. A diferença aludida, portanto, não é, de modo algum, a existência ou não de prazo, mas o fato de que em um tipo o que se pretende é um objeto concluído. Assim, neste caso, o contrato se extingue com sua conclusão. Se o objeto não for concluído no prazo, não há exatidão do propósito contratual, daí a necessidade de sua prorrogação (com ou sem sanção para o contratado, dependendo da hipótese) ou, então,

realização de nova licitação para conclusão do objeto. Aliás, a própria lei prevê a prorrogação do contrato nos casos especificados no § 1º do art. 57.

Em rigor, o lógico, nos contratos por escopo, será entender-se que sua prorrogação é de rigor, para que venha a ser concluído, salvo se o contratado não tiver condições objetivas para terminá-lo satisfatoriamente, ou se não tiver condição subjetiva para isto, isto é, se lhe faltar idoneidade para tanto. Com efeito, estando o objeto contratual por ser terminado, se não houver prorrogação dele para alcançar o escopo que lhe determinou o surgimento, a Administração teria de realizar nova licitação, com evidente retardamento de sua execução, o que seria prejudicial ao interesse público, além de causar, como é óbvio, um inevitável encarecimento de seu custo, acarretando, portanto, um injustificável prejuízo para o Erário.

A rescisão unilateral do contrato — pela Administração, como é evidente —, tal como a modificação unilateral, também só pode ocorrer nos casos previstos em lei (cf. art. 58, II, *c/c* arts. 78 e 79, I) e deverá ser motivada e precedida de ampla defesa (art. 78, parágrafo único). Fundamentalmente, duas são as hipóteses que a ensejam: a) razões de interesse público obviamente fundadas e justificadas, sem falta do contratado, caso em que este fará jus a indenização pelos prejuízos comprovados que houver sofrido (§ 2º do art. 79 da Lei 8.666/1993); e b) por falta do contratado, nas hipóteses a que se reportam os artigos mencionados, acarretando, ainda, se o motivo houver sido o descumprimento de cláusulas contratuais, a imediata assunção do objeto, ocupação e utilização do local, instalações e equipamentos materiais e humanos necessários à continuidade da execução do contrato (a serem depois devolvidos com o cabível ressarcimento), execução da garantia contratual para ressarcimento da Administração e dos valores de multas e indenizações cabíveis e, finalmente, retenção dos créditos do contratado até o limite dos prejuízos que haja causado à Administração (art. 80 da Lei 8.666).

Outras hipóteses de extinção

33. Fora dos casos de rescisão unilateral, esta poderá ocorrer por mútuo acordo ou por via judicial, a requerimento de qualquer das partes, como preveem o art. 79 e incisos II e III. Além disto, embora a lei não o diga, um contrato administrativo também pode ser extinto pela própria Administração, se esta verificar que a relação, ao

ser constituída, o foi invalidamente. Neste caso, o princípio da legalidade imporá sua *invalidação* (anulação ou substituição de nulidade), se não couber *convalidação* — analogamente ao que ocorreria com os casos de *convalidação* de ato unilateral (Capítulo VII, ns. 161-168). A *invalidação* do ato, é bem de ver — e tal como sucederia com os atos unilaterais —, terá que ser precedida de processo regular e ampla defesa (Capítulo VII, n. 148). De resto, menos não se admitirá, pois, como visto, a rescisão unilateral demanda motivação e ampla defesa.

A “*exceptio non adimpleti contractus*”

34. Cabe referir aqui um tópico importante. Costumava-se afirmar que a exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*) não é invocável pelo contratado nos contratos administrativos. Tal assertiva (que, ao nosso ver, dantes já era inexacta) hoje não mais poderia ser feita, pois o art. 78, XV, expressamente estabelece que, se a Administração atrasar por mais de 90 dias os pagamentos devidos em decorrência de obras, serviços, fornecimentos ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo no caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, o contratado poderá suspender o cumprimento de suas obrigações, até a normalização destes pagamentos, ou então obter a rescisão do contrato. Assim também o inciso XIV — sempre com a ressalva das situações excepcionais aludidas — autoriza-o, no caso de suspensão da execução do contrato, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 dias, ou por repetidas suspensões que totalizem o mesmo tempo, a suspender o cumprimento de suas obrigações ou a obter rescisão do contrato.

Prazo e prorrogação dos contratos

35. A questão da duração dos contratos está regulada no art. 57 e parágrafos da Lei 8.666.

É vedado o contrato administrativo com prazo de vigência indeterminado. Sua duração ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, pois nestes é que está a previsão dos recursos necessários para custeá-los. Aliás, a própria Constituição estabelece, no art. 167, § 1º, que “nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia

inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade”. Assim, no caso de contratos que envolvessem investimentos, já existiria o bloqueio resultante do dispositivo constitucional.

A lei ressalva as seguintes hipóteses:

I — a dos projetos previstos em Plano Plurianual, pois nele vai suposto o futuro comprometimento de recursos. Assim, em tal caso, o contrato poderá ter prazo correspondente ao das provisões supostas;

II — a da prestação de serviços a serem executados de forma contínua, os quais, em vista da obtenção de preços e condições mais vantajosas, podem ser prorrogados até o prazo-limite de 60 (sessenta) meses.

Há de se entender, desde que o edital o preveja. Em tal caso, como observou Marçal Justen Filho: “A lei presume, de um lado, a inevitabilidade da disponibilidade de recursos para pagá-los”, visto que não costumam montar a valores que afetem as disponibilidades orçamentárias. Em princípio, diz o referido jurista, qualquer que seja a distribuição de verbas no orçamento seguinte, certamente existirão recursos para pagá-los.¹⁵ Dito prazo de 60 meses poderá, em caráter excepcional, ser prorrogado em até mais 12 meses, ante devida justificacão e autorizacão do hierarca superior (cf. § 4º do art. 57);

III — a do aluguel de equipamentos e utilizacão de programas de informática, cuja duracão pode ser fixada para até 48 meses. A possibilidade de se estenderem além da previsão orçamentária justifica-se pelas mesmas razões da hipótese precedente;

IV — a das previstas nos incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI do art. 24, cujos contratos poderão ter vigência por até 120 meses, caso haja interesse da administracão, ou seja: a) quando houver possibilidade de comprometimento da segurana nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional; b) para as compras de material de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronizacão requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto;

15. Ob. cit., p. 333.

c) para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no país, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pela autoridade máxima do órgão; e d) nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei 10.973, de 2.12.2004 (que “dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo”), observados os princípios gerais de contratação dela constantes.

Há, demais disto, contratos que não impliquem comprometimento de recursos orçamentários, como as concessões de obra ou serviço público. Nestes não concorrem as razões que impuseram a regra geral de limitação da duração à disponibilidade de créditos orçamentários. Assim, não sofrem a limitação apontada. Demais disto, seus prazos terão de ser necessariamente longos para a amortização do capital, o que também foi ressaltado pelo monografista referido.¹⁶

36. Os prazos de início, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, que há de ser sempre justificada por escrito e autorizada pela autoridade competente, mantida a equação econômico-financeira, perante certas hipóteses nas quais é efetivável independentemente do edital ou do contrato haverem-na previsto. São elas: alteração do projeto ou especificações pela Administração; superveniência de fato imprevisível que altere profundamente suas condições de execução; interrupção ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem da Administração; aumento dos quantitativos inicialmente previstos; impedimento da execução provocado por evento de terceiro; reconhecimento contemporaneamente pela Administração e omissão ou atraso de providências a cargo desta (§ 1º do art. 57).

Formalidades do contrato administrativo

37. Os contratos administrativos e, também, no que couber, os predominantemente regidos pelo Direito Privado (art. 62, § 3º) obedecem, necessariamente, a formalidades para seu travamento (arts. 60 e ss.). Desde logo, têm que ser precedidos de licitação, salvo nos casos de inexigibilidade e dispensa, já referidos no capítulo anterior. Além disto, deles terão de constar obrigatoriamente determinadas cláusulas, como, por exemplo, as concernentes ao seu regime de execução, a reajustamentos, às condições de pagamento e sua

atualização, aos prazos de início, execução, conclusão, entrega e recebimento definitivo do objeto, as relativas a seu valor e recursos para atendimento das despesas, às responsabilidades, penalidades, valor das multas, casos de rescisão etc. O art. 55 da lei indica quais serão elas.

A Administração poderá, no caso de compras, obras ou serviços, exigir que a contraparte preste garantia, a qual será, *a critério do contratado*, uma dentre as seguintes: a) caução em dinheiro ou títulos da dívida pública; ou b) seguro-garantia; ou c) fiança bancária — as quais, todavia, não excederão a 5% (cinco por cento) do valor do contrato (art. 56, §§ 1º e 2º), salvo na hipótese de “obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis”, em que tal percentual pode ser elevado a até 10%, conforme § 3º do art. 56.

Estes contratos, salvo quando tenham por objeto direito real sobre imóveis, lavram-se nas próprias repartições interessadas, que devem manter arquivo cronológico de seus autógrafos e registro sistêmico. Não se admitem contratos verbais, salvo o que importe pequenas despesas de pronto pagamento (art. 60 e parágrafo único).

Eficácia dos contratos administrativos

38. A Lei 8.666, em seu art. 61, parágrafo único, estabelece ser *condição de eficácia* dos contratos administrativos a publicação resumida do instrumento, assim como de seus aditamentos, no *Diário Oficial*, o que terá de ocorrer em prazo não excedente de 20 dias contados da data da assinatura. A qualquer interessado é assegurado o direito de obter cópia autenticada deles, pagando os correspondentes emolumentos (art. 63).

Os pagamentos devidos ao contratado; correção monetária; reajuste e recomposição de preços no Direito Positivo (imprevisão, fato do príncipe e sujeições imprevisíveis)

39. Na conformidade do art. 40 da Lei 8.666, inciso XIV, os próprios editais de licitação deverão estabelecer condições de pagamento do contratado. Assim, nos termos de sua letra “a”, menciona-se “prazo de pagamento não superior a 30 dias, contado a partir da data final do período de adimplimento de cada parcela”. Disto se depreende que a fixação de prazo mais longo só poderá ser aceita em

16. Ob. cit., p. 334.

caráter excepcional, justificada por circunstâncias peculiares do contrato, e, ademais, haverá de ser *expressamente prevista*.

Quando esteja em pauta pagamento decorrente de despesa cujo montante não ultrapasse o limite de dispensa de licitação estabelecido no art. 24, II, o prazo para efetua-lo será de até cinco dias úteis, a teor do art. 5º, § 3º, da Lei 8.666, de 21.6.1993.

Deve-se realçar, de outra parte, que todos os pagamentos relativos ao fornecimento de bens, locações, realização de obras e prestação de serviços deverão obedecer, "para cada fonte diferenciada de recursos, a estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades, salvo quando presentes razões de relevante interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente, devidamente publicada", conforme dispõe o *caput* do art. 5º.

Ainda em tema de pagamentos, cumpre mencionar que nos contratos resultantes de licitações internacionais em que seja permitido ao licitante nacional cotar o preço em moeda estrangeira, por ter sido facultado ao licitante estrangeiro efetuar-se-á em moeda brasileira, à taxa de câmbio vigente no dia útil imediatamente anterior à data do efetivo pagamento (art. 42, § 2º), sendo certo, outrossim, que as garantias de pagamento que lhe caberão haverá de ser equivalentes às que hajam sido ofertadas ao licitante estrangeiro (art. 42, § 3º).

40. O atraso de pagamento por parte do Poder Público sujeita-o a preservar o valor do crédito de sua contraparte, mediante *correção monetária*, segundo critérios previstos no ato convocatório (art. 5º, § 1º). Tal correção incidirá, conforme previsto no art. 7º, § 7º, "desde a data final de cada período de aferição até a do respectivo pagamento". Outrossim, a mesma obrigação é prevista quer no art. 40 - disciplinador das cláusulas obrigatórias do edital -, em seu inciso XIV, letra "c" ("desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento"), quer no art. 55 - atinente às cláusulas obrigatórias do contrato administrativo -, cujo inciso III refere também "os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento".

Averte-se que correção monetária é a simples variação numérica expressiva de um mesmo valor que permanece inalterado e tão somente passa a ser expresso por números diferentes. Assim: o número tal expressa na data "B" a mesma grandezza que o número qual expressava na data "A". A grandezza representada é constante, o nú-

mero que a representa é que varia. Ou seja, na data "A", a uma dada prestação (x) corresponde uma expressão em moeda y, a qual, para persistir exprimindo este mesmo valor, na data "B", deveria alterar-se. Pode-se figurar a situação da seguinte maneira. Na data "A" $x = y$; na data "B" $x = y'$; pois y em "A" é o mesmo que y' em "B". Como sua justificativa óbvia é impedir que o credor, por força da erosão da moeda, receba menos do que o efetivamente devido e, correlatamente, impedir que o inadimplente se enriqueça indevidamente, beneficiando-se da própria mora, o cabimento dela, em tal caso, independeria de previsão do edital ou do contrato. Deveras, no contrato administrativo o que se convencionou manter em integridade são os valores a serem pagos no instante do vencimento do débito. Assim, mesmo protraída sua solução, nos casos de atraso do devedor, nem por isso diminui o débito real. Vale dizer: o desgaste da moeda não tem por que lhe jogar em favor, que isto significaria, além de violação ao inafastável equilíbrio econômico-financeiro ajustado no contrato, (a) um prêmio ao violador do direito alheio, conquanto seja certo que ninguém se credencia a um tratamento mais benéfico por ser refratário à satisfação de um débito, e (b) um estímulo ao devedor para que continue recalculante e persista violando pelo maior tempo possível o direito alheio, pois quanto mais tardasse em satisfazê-lo menos pagaria em termos reais. Ora, é evidente que o Direito não estimula sua própria violação. É claríssimo, pois, que enquanto existirem índices que oficialmente retratem o desgaste da moeda não há como fugir à correção monetária no caso de pagamentos em atraso e nenhum plano econômico pode afetar este direito do credor (inobstante as múltiplas tentativas feitas para frustrá-lo, desvirtuá-lo ou elidi-lo). Hoje, com a moeda quase estável, a importância da correção monetária diminuiu consideravelmente, só apresentando relevo notável no caso de pendências e débitos ainda insolutos, relativos a períodos de inflação elevada.

41. Uma vez que o atraso de pagamentos é uma *violação contratual*, não basta a correção monetária para ressarcimento do credor. Este faz jus, ainda, à indenização de quaisquer prejuízos que haja sofrido em decorrência do pagamento a destempo (embora corrigido), a começar por juros de mora ou eventualmente compensatórios, bem como por despesas que haja sido obrigado a fazer para *dar continuidade ao contrato* durante o período em que teve de prover ao necessário para cumprir suas prestações mesmo sem o recebimento dos valores que, se lhe tivessem sido pagos, serviriam para

acobertá-las. É o caso de *empresítimos* que haja contratado para tal fim. É óbvio, todavia, que só está sendo feita referência a empresários destinados a suportar as prestações que o contratado estava *obrigado a efetuar*, seja por motivos de segurança da obra, seja por que compreendidas dentro do período em que ainda não tinha o direito de interromper suas prestações, nos termos do art. 78, XV, da lei, atinente à chamada *exceptio non adimpleti contractus* (comentada no n. 34).

Cumprir anotar que os juros de mora, de acordo com o art. 406 do Código Civil, quando “não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional”. Assim, os juros a que se fez alusão *supra* se determinam segundo o critério indicado. O STJ, em 8.9.2008, por sua Corte Especial, e por unanimidade, nos Embargos de Divergência no REsp 727.842-SP, decidiu que a taxa dos juros moratórios, atualmente, é a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia/SELIC.

42. Pode-se dar o caso, ainda, de o contratado fazer jus a pagamentos decorrentes de *reajustes* ou de *recomposições de preços*, estas últimas às vezes denominadas de *revisões de preços*. São figuras distintas entre si e completamente diversas da correção monetária.

O *reajuste*, do qual se trata mais detidamente em tópico próprio (n. 66), embora consista, tal como a correção monetária, em fórmula da adrede concebida para preservar o conteúdo econômico-financeiro do ajuste de modo fluido, simples e pacífico, tem composição e objeto completamente diferentes dela. O que se pretende com ele, como seu próprio nome indica, é alterar o valor a ser pago em função da *variação de valor que determinava a composição do preço*. Expliquemo-nos.

Como a equação estabelecida entre as partes é uma relação de equivalência entre prestações recíprocas, fica entendido que ao custo de uma prestação (x) — que se compõe dos encargos econômicos por ela implicados e a margem de lucro remuneratório ali embutida — correspondem os pagamentos (y) que a acobertam. Esta relação de igualdade ideal, convencionalizada, deve ser mantida. Assim, se os custos dos insumos necessários à prestação (x) sofrem elevações constantes — como é rotineiro entre nós —, os pagamentos (y) têm de incrementar-se na mesma proporção, sem o quê a igualdade denominada “equação econômico-financeira” deixa de existir; decompõe-se.

É este efeito injusto que a todo transe procura-se evitar. Daí as cláusulas de *reajuste*, as quais preveem, como o próprio nome indica, um ajuste automático do valor dos pagamentos à variação do preço dos insumos. Este ajuste se faz de acordo com a fórmula ou o sistema preestabelecido, atrelados a índices do custo dos insumos publicados com base em dados oficiais ou por instituições de alta credibilidade, como os da Fundação Getúlio Vargas. Trata-se, como se vê, de mecanismo pelo qual se busca manter incólume, intacta, a igualdade que as partes convencionaram ao travarem o contrato.

Com efeito, para que prestações se equivalham, isto é, para que se mantenham obedientes ao equilíbrio inicial, é preciso que à variação de uma corresponda variação proporcional da outra. Deveras, é de evidência solar que se um dos termos for modificado pelo acréscimo de um peso maior, advindo do crescimento do preço dos insumos (fato irresistível para o contratado), sem que, em contrapartida, a outra parte incremente a retribuição, o equilíbrio pactuado se rompe e as prestações a que se obrigou o primeiro tornam-se-lhe gravosas, antieconômicas, podendo assumir até mesmo caráter ruinoso — conforme o vulto do contrato ou o peso, na composição de preços, do componente de custo incrementado. Pense-se, por exemplo, em eventual alta do custo da mão de obra em um contrato de serviços de limpeza ou de serviços de segurança, ou em uma elevação do custo do combustível em um contrato de transporte coletivo de passageiros, ou a elevação do valor do cimento em um contrato de obras.

Assim, ao contrário da correção monetária, em que o valor devido permanece constante, alterando-se apenas a quantidade de moeda que expressa o mesmo valor, no reajuste, em consideração ao fato de que se *alterou o próprio custo da prestação ajustada*, aumenta-se o valor do pagamento. Donde — em contraposição à correção monetária — no reajuste com base nos insumos o valor da prestação se modifica, modificando-se também o valor do pagamento, para que haja entre ambos uma correlação precisa. Logo, na correção monetária, x (valor da prestação) é invariável e y (quantidade de moeda para pagamento) é variável; no reajuste, x é variável e y também o é, sendo que à variação de x corresponderá equivalente variação de y. Pode-se comparar os dois tipos de situação assim: correção monetária: na data “A”, $x = y$. Na data “B”, $x = y'$, ao passo que, no reajuste de preços: na data “A”, $x = y$. Na data “B”, $x = x + a$ e $y = y + a$. Por serem coisas distintas e com finalidades diversas, correção monetária e reajuste podem coexistir, isto é, não são reciprocamente excludentes.

Lei 8.666, atualizada pela Lei 8.883, no art. 40, ao mencionar o que deve constar obrigatoriamente do edital, refere, no inciso XI, o "critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento da parcela". Uma vez que a lei fala que o reajuste deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, bem se vê que não se aceitam expedientes que o distorçam, assunto melhor examinado mais adiante (n. 68).

43. Já a *recomposição de preços*, por vezes nominada como revisão de preços, tem lugar naqueles casos em que a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro não pode ser efetuada ou eficazmente efetuada pelos reajustes, pois trata-se de considerar situações novas insuscetíveis de serem por estes corretamente solucionáveis.

Deveras, nem sempre o reajustamento ensejaria atendimento ao princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira. Bem o disse Hely Lopes Meirelles: "Em outras palavras, para que se mantenha o equilíbrio econômico-financeiro, pela simples aplicação do critério de reajustamento contratual, é preciso que a execução do contrato seja *normal*, vale dizer, que não se desfigure em razão de ocorrências discrepantes do previsto e pactuado pelas partes, em desfavor do particular contratante. (...) Daí resulta que a ocorrência de fatos graves, não imputáveis ao particular contratante, que alterem a relação *encargo-remuneração* originalmente estabelecida pelas partes, a tal ponto que não possa ser restabelecida pela simples aplicação do critério de reajustamento pactuado, autoriza a *recomposição dos preços contratuais*, para adequá-los à nova situação e propiciar a restauração do *equilíbrio econômico-financeiro* do contrato. Isto porque, consoante já nos foi dado dizer: 'O reajustamento contratual de preços não se confunde nem impede a revisão do contrato e a recomposição extraordinária de preços, quando a Administração altera o projeto ou as condições de sua execução, ou ocorrem fatos novos e excepcionais que agravam os encargos do particular contratante'".¹⁷

O mesmo reputado jurista esclarece, em seguida e de modo cabal, a distinção entre reajuste e recomposição de preços, indicando,

antes, os fatores que ensancham e justificam a utilização da segunda modalidade, fazendo-o em termos que dispensam qualquer outra consideração, motivo pelo qual basta cifrarmos-nos à cabível transcrição de suas palavras: "E, de nossa parte, já advertimos que: 'É obrigatória a revisão do contrato quando as alterações do projeto ou do cronograma de sua execução, impostas pela Administração, aumentam os custos ou agravam os encargos do particular contratante, ou quando atos gerais do Governo ou dificuldades materiais específicas passam a onerar extraordinariamente o cumprimento do contrato, desequilibrando a equação econômico-financeira estabelecida inicialmente entre as partes. Destarte, a *recomposição de preços* não se confunde de modo algum com o *reajustamento contratual de preços*, pois este surge do consenso inicial das partes, para manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato durante sua execução *normal*, ao passo que aquela, a *recomposição*, destina-se a restaurar esse mesmo equilíbrio, desfeito por eventos supervenientes e extraordinários, não previstos e imprevisíveis pelos contratantes, que acarretam modificação *anormal* na situação fática existente na época da celebração do ajuste. A *recomposição de preços*, assim, independe de previsão no contrato de um critério de *reajustamento* de preços e torna-se devida no momento em que este deixa de atender à sua finalidade, ou seja, à manutenção da equação financeira do ajuste, em razão de atos e fatos imputáveis ao particular contratante'".¹⁸

44. Como se vê, diversos fatores podem justificar a aplicação da recomposição de preços, que, de um modo geral, caberá sempre que se trate de restaurar um equilíbrio econômico-financeiro *insuscetível de ser eficazmente solúvel pelos reajustes*. Aí se incluem não apenas as hipóteses em que a Administração, a teor do art. 65, I, "a", modifica unilateralmente o "projeto ou suas especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos" ou quando, por acordo das partes, conforme previsto no art. 65, II, "b", promove-se a "modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários", mas também em quaisquer outras nas quais não haveria como corrigir as distorções ocorrendo simplesmente aos reajustes contratuais, o que muitas vezes ocorrerá ante os fenômenos compreendidos no âmbito da chamada *teoria da*

17. "Reajustamento e recomposição de preços em contrato administrativo", RDA 139/16 (os destaques são do autor).

18. Ob. e loc. cit., p. 18 (os destaques são do autor).

imprevisão, da denominada *teoria do fato do príncipe* e das *sujeições imprevisas*.

Diga-se, de modo breve, que, de acordo com a teoria da *imprevisão*, o contratado faz jus à plena restauração do equilíbrio contratual caso ocorra superveniência de eventos imprevisos de *ordem econômica* ou que surtem efeitos de *natureza econômica*, alheios à ação das partes, que repercutam de maneira seriamente gravosa sobre o equilíbrio do contrato. A matéria está mais amplamente tratada nos ns. 58 a 65. A teoria do *fato do príncipe* afirma este mesmo direito do contratado nos casos em que o Poder Público, no uso de *prerrogativas alheias à sua qualidade de contratante*, adota medidas que desbalanceiam o equilíbrio contratual originalmente estipulado. O assunto é mencionado com maior largueza no capítulo sobre Concessão e Permissão de Serviços Públicos (n. 63 e respectivas notas de rodapé). *Sujeições imprevisas* (já mencionadas no n. 31) são circunstâncias materiais, isto é, de fato, que dificultam ou oneram a realização de uma obra contratada, as quais, ainda que preexistentes, eram desconhecidas ou, ao menos, se conhecidas, não foram dadas a conhecer ao contratado ou o foram erroneamente, quando do estabelecimento das condições determinantes do contrato e de sua equação econômico-financeira.

Registre-se que a lei contempla uma hipótese em que expressamente se reporta à "revisão de preços". É a prevista no art. 65, § 5º, ao estabelecer que: "Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes *para mais ou para menos*, conforme o caso".

De toda sorte, a hipótese de recomposição de preços está genericamente compreendida, entre outras formas de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, na disposição ampla do art. 65, II, "d", atinente à alteração do contrato por acordo das partes. De acordo com este preceptivo, a alteração poderá dar-se "para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso

fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual". Os conceitos de "álea administrativa", "álea econômica", "álea ordinária" e "extraordinária" estão desenvolvidos mais adiante, ao se tratar das concessões e permissões de serviço público (Capítulo XII, ns. 62 e ss.).

45. Anote-se, por último, ainda no que concerne à questão de pagamentos, que o art. 40, XIV, além das cláusulas dantes mencionadas, refere as relativas ao "cronograma de desembolso máximo por período, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros" (letra "b"), às "compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamento" (letra "d"), e "exigência de seguros, quando for o caso" (letra "e").

Sanções administrativas e penais por ocasião dos contratos administrativos

46. A lei prevê sanções pela prática de comportamentos configuráveis como infrações administrativas (arts. 86 a 88), assim como prevê, também, aflições penais tanto para o agente público como para o contratado que incorram em certos comportamentos lesivos ao interesse público por ocasião dos contratos administrativos (arts. 89, parágrafo único, 90, 91, 92 e parágrafo único, 96 e 99).

Assim, o contratado que injustificadamente atrasar-se na execução de contrato sujeita-se a ser multado pela Administração, na forma e termos previstos no instrumento convocatório ou no contrato (art. 86).

Demais disso, a teor do art. 87, a inexecução total ou parcial do contrato o expõe, garantida sempre a prévia defesa, a sofrer as sanções administrativas de (a) advertência; (b) multa, nos termos do instrumento convocatório; (c) suspensão temporária de participar de licitação e impedimento de contratar com a Administração por até dois anos e (d) declaração de inidoneidade para contratar ou licitar enquanto perdurarem os motivos que a determinaram ou até sua reabilitação, que será concedida sempre que ressarir a Administração pelos prejuízos que lhe haja causado e tenham transcorrido dois anos da aplicação da sanção.

Temos por certo que tanto a suspensão do direito de contratar quanto a declaração de inidoneidade, como já o dissemos no capítulo

lo anterior (n. 83), só podem ser aplicadas no caso dos atos tipificados na lei como crimes, pois não se admitiria seu cabimento em outras hipóteses sem que exista prévia descrição legal de outros casos de seu cabimento.

47. Certos comportamentos agressivos ao interesse público praticados em relação a contratos administrativos são qualificados como crime. Na lei estão tipificadas hipóteses de contrato efetuado sem licitação, fora das hipóteses legais permissivas; travamento de contrato como resultado de fraude, ajuste ou procedimento gravoso à competitividade que teria de presidi-lo; prorrogação contratual fora das hipóteses admissíveis; fraude, em prejuízo da Fazenda, como fruto de licitação ou contrato, consistente em elevação arbitrária de preços ou venda, como verdadeira ou perfeita, de mercadoria falsificada ou deteriorada; entrega de uma mercadoria por outra; alteração da substância, quantidade ou qualidade da mercadoria devida ou, de qualquer modo, tornar, injustamente, mais oneroso o contrato.

As penas estabelecidas são a de detenção, que varia de três meses a seis anos, conforme a figura delituosa, e multa nunca inferior a 2% nem superior a 5% do valor do contrato. A lei prevê que qualquer pessoa poderá provocar o Ministério Público para propositura da competente ação penal (art. 101), admitindo-se, se este não a intentar no prazo legal, ação penal privada subsidiária (art. 103). O procedimento da ação penal é extremamente célere e está regulado nos arts. 104 e ss.

VII. Equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo

48. Equilíbrio econômico-financeiro (ou equação econômico-financeira) é a *relação de igualdade* formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro lado, pela compensação econômica que lhe corresponderá.

A equação econômico-financeira é intangível. Vezes a basto têm os autores encarecido este aspecto. Apostilas deste teor podem ser colhidas aos racimos.

Para comprovar não é preciso mais que tirar a lume algumas passagens encontradas nos doutores de maior suposição, como, aliás, o seriam também em estudiosos de menor fôlego, posto que nisto acordam todos na mais prazível das harmonias.

Haja vista:

“As disposições relativas à remuneração escapam ao poder de modificação unilateral da Administração. Mas, além disto, o elemento de associação já assinalado se manifesta neste ponto com uma força particular: é o princípio do equilíbrio financeiro do contrato, que é uma das características essenciais do contrato administrativo e a contrapartida das prerrogativas da Administração.”¹⁹

“Assim, o equilíbrio financeiro ou equação financeira do contrato é uma relação que foi estabelecida pelas próprias partes contratantes no momento da conclusão do contrato, entre um conjunto de direitos do contratante e um conjunto de encargos deste, que parecem equivalentes, donde o nome de equação; desde então esta equivalência não mais pode ser alterada.”²⁰

“O contrato administrativo, por parte da Administração, destina-se ao atendimento das necessidades públicas, mas por parte do contratado objetiva um lucro, através da remuneração consubstanciada nas cláusulas econômicas e financeiras. Esse lucro há que ser assegurado nos termos iniciais do ajuste, durante a execução do contrato, em sua plenitude, mesmo que a Administração se veja compelida a modificar o projeto, ou o modo e forma da prestação contratual, para melhor adequação às exigências do serviço público.”²¹

“O contrato assenta, pois, numa determinada equação financeira (o valor em dinheiro dos encargos assumidos por um dos contratantes deve equivar ao das vantagens prometidas pelo outro) e as relações contratuais têm de desenvolver-se na base do equilíbrio estabelecido no ato de estipulação.”²²

49. Quer-se sublinhar, ao cabo desta rememoração de noções cediças, que a índole deste tipo de relações entre Administração e particular assenta no respeito mútuo de interesses. Pretende-se encaixar que se trata de vínculo – segundo doutrina dominante na atualidade – no qual o chamado contratante privado é havido como um *colaborador da Administração*, de tal sorte que: “tende a prevalecer

19. Rivero, ob. cit., p. 111.

20. Waline, *Droit Administratif*, 1963, p. 618.

21. Hely Lopes Meirelles, *Licitação e Contrato Administrativo*, 15ª ed., Malheiros Editores, 2010, p. 267.

22. Marcello Caetano, *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, Forense, 1977, pp. 255-256.

a ideia de que o interesse do Estado é de assegurar uma remuneração normal (e não mais o menor lucro possível) a seu contratante, que vai ser associado, não como um executante sem iniciativa, mas como um colaborador ao qual tais iniciativas, pelo contrário, são pedidas em favor de uma tarefa de interesse público".²³

50. Demais disso, cai a lanço observar que a posição jurídica da Administração, em suas múltiplas relações públicas, difere substancialmente da posição dos particulares quanto aos objetivos que podem animá-los. Ao contrário destes últimos, o Poder Público não tem móvel de lucro, de ganho, de especulação. Seu móvel é apenas e tão somente a utilidade pública.

Acresce que a forma pela qual a Administração se abastece dos recursos necessários a seus vários cometimentos reside, basicamente, no manuseio dos instrumentos tributários. Sua posição sobranceira lhe dispensa a procura do lucro e a utilização de expedientes urdidos na disputa comercial diturna travada na arena dos negócios particulares. Nem seria razoável que, dispondo das vias de autoridade pública para sacar os meios financeiros de que carece, pretendesse, além disso, servir-se dos meios que remanesçam aos simples particulares para obtenção de ganhos. Menos ainda se poderia admitir quadrasse à Administração forjar traças para a busca de proveito meramente patrimonial à custa de seus contratantes.

51. Enquanto o particular procura o lucro, o Poder Público busca a satisfação de uma utilidade coletiva. Calha, pois, à Administração atuar em seus contratos com absoluta lisura e integral respeito aos interesses econômicos legítimos de seu contratante, pois não lhe assiste minimizá-los em ordem a colher benefícios econômicos suplementares ao previsto e hauridos em detrimento da outra parte.

Para tanto, o que importa, obviamente, não é a "aparência" de um respeito ao valor contido na equação econômico-financeira, mas o real acatamento dele. De nada vale homenagear a forma quando se agrava o conteúdo. O que as partes colimam em um ajuste não é a satisfação de fórmulas ou de fantasias, mas um resultado real, uma realidade efetiva que se determina pelo espírito da avença; vale dizer, pelo conteúdo verdadeiro do convencionado.

23. Waline, ob. cit., p. 585.

O âmbito de proteção do equilíbrio econômico-financeiro e o Direito Positivo brasileiro

52. A proteção ao equilíbrio econômico-financeiro é ampla e se manifesta com respeito às seguintes diferentes situações:

a) Agravos econômicos oriundos das sobrecargas decididas pelo contratante no uso de seu poder de alteração unilateral do contrato, isto é, impostas ao contratante privado para ajustar suas pressões a cambiantes exigências do interesse público. A noção de equilíbrio ou equação financeira do contrato defende-o às complotas contra a gravosidade destas modificações. Georges Vedel sintetiza bem esta situação, ao registrar que: "A Administração pode, dentro de certos limites, modificar o peso das obrigações que, em um prato da balança, estão ao encargo de seu contratante, mas deve logo colocar no outro prato as compensações pecuniárias correspondentes".²⁴

Não estão em causa aqui, como diz o autor citado, "perdas e danos que seriam devidos em razão de uma falta contratual consistente na inadimplência de suas obrigações. Trata-se de uma indenização fundada sobre a necessidade de conservar o balanço das cargas e vantagens, tal como foi encarado pelos contratantes".²⁵

O art. 65, § 6º, da lei expressamente prevê que, "em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial".

De resto, no art. 58, § 2º, já estava registrada a mesma obrigação, até porque, a não ser assim, ficaria ferido o disposto no § 1º do mesmo artigo, segundo o qual as cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos não podem ser modificadas sem prévia concordância do contratado.

b) Agravos econômicos resultantes de medidas tomadas sob influência jurídica diversa da contratual, isto é, no exercício de outra competência, cujo desempenho vem a ter repercussão direta na economia contratual estabelecida na avença. É o chamado "fato do príncipe", tomada a expressão com o âmbito específico a que se reporta Francis-Paul Bénôit, ao dizer: "Convém entender por 'fato do príncipe' os atos jurídicos e operações materiais, tendo repercussão so-

24. *Droit Administratif*, 3ª ed., Presses Universitaires de France, 1964, p. 639.

25. Ob. cit., p. 631.

bre o contrato, e que foram efetuados pela coletividade que celebrou o contrato, mas agindo em qualidade diversa da de contratante".²⁶

O fato do príncipe não é um comportamento ilegítimo. Outrosim, não representa o uso de competências extraídas da qualidade jurídica de contratante, mas também não se constitui em inadimplência ou falta contratual. É o mero uso de uma competência pública cuja utilização repercuta diretamente sobre o contrato, onerando, destarte, o particular. Seria o caso, *e.g.*, da decisão oficial de alterar o salário-mínimo, afetando, assim, decisivamente, o custo dos serviços de limpeza dos edifícios públicos contratados com empresas especializadas neste mister.

É certo que este agravo patrimonial não libera, como diz Benoît, o contratado de executar as obrigações avençadas com o Poder Público, mas investe-o no direito de obter reparação integral do prejuízo sofrido em decorrência do fato que lhe agravou os encargos.²⁷

Dita hipótese também está expressamente acobertada na lei, a teor do art. 65, II, "d", precitado.

O fato do príncipe não se confunde com aquilo que alguns autores denominam de "fato da Administração", exemplificando com hipóteses em que o Poder Público não libera na ocasião devida o local da obra ou serviço, não providencia as desapropriações necessárias ou atrasa demasiadamente os pagamentos. Do fato da Administração nos ocupamos logo adiante.

c) Agravos econômicos sofridos em razão de fatos imprevistos produzidos por forças alheias às pessoas contratantes e que convulsionam gravemente a economia do contrato. Seria o caso, por exemplo, de acentuada elevação do preço de matérias-primas, causada por desequilíbrios econômicos, etc. É a "teoria da imprevisão", por via da qual, modernamente, se retoma o vetusto princípio da cláusula *rebus sic stantibus*. Entre nós, a teoria da imprevisão é perfeitamente acolhida como forma de restaurar as previsões, consagradas na equação econômico-financeira. Com efeito, o mencionado art. 65, II, "d", também menciona expressamente dita hipótese como abrangida nos casos ensejadores de restabelecimento do equilíbrio inicial.

d) Agravos econômicos provenientes das chamadas "sujeições imprevistas". Vedel as definiu como "dificuldades de ordem mate-

rial que as partes não podiam prever e que fazem pesar uma carga grave e anormal para o empreendedor (p. ex., encontro de um lençol d'água insuspeitado na escavação de um túnel)".²⁸

Em tal caso, o contratante tem direito à indenização total pelo prejuízo, exatamente por se tratar de encargo suplementar que altera a economia do contrato e que não estava suposto na avença travada.

As "sujeições imprevistas" têm seu domínio de aplicação, por excelência, nos contratos de obras públicas. E, como esclarece Benoît, diferem da hipótese específica da teoria da imprevisão em que, nesta última, o que altera o equilíbrio contratual são "circunstâncias, incidentes econômicos", ao passo que nas sujeições especiais o contratante choca-se com "fatos materiais, incidentes técnicos".²⁹

A dicção ampla do sempre referido art. 65, II, "d", confora igualmente esta hipótese de restauração da equação inicialmente estipulada.

e) Agravos econômicos resultantes da inadimplência da Administração contratante, isto é, de uma violação contratual.

Ao compor-se consensualmente com um particular contratante, a Administração, assim como adquire direitos, também assume obrigações. Estas, portanto, corresponderão a direitos do contratante, que não podem ser desconhecidos ou amesquinhados. É de solar evidência que jamais o Poder Público encontraria alguém disposto a contratar se ficasse ao alvedrio do Estado cumprir ou não o que se estipulou no acordo.

Assim, em relação à violação das obrigações contratuais, é evidente que o contratante governamental não estará a exercer direito algum quando desatende a obrigações assumidas na avença. Pelo contrário: assim procedendo, agride direito alheio, rompe o compromisso assegurado e afeta o equilíbrio econômico ajustado. Não haveria supor que o Estado ou suas entidades auxiliares, quando se revelem refratários a atender a direito da contraparte, estejam a exercer alguma prerrogativa própria ou que desfrutem de posição jurídica especial mitigadora da incorreção de suas condutas. Antes, é de esperar que tais sujeitos, mais que quaisquer outros, se revelem expeditos na obediência ao Direito e às obrigações que hajam contraído. O desacato a regras jurídicas não será menos injurídico se pro vier da Administração.

26. *Le Droit Administratif Français*, Dalloz, 1968, p. 639.

27. *Ob. cit.*, p. 641.

28. *Ob. cit.*, p. 634.

29. *Ob. cit.*, p. 626.

Georges Péquignot, autor clássico no tema “contrato administrativo”, observa que o interesse público que a Administração tem neste tipo de avença diz com as conveniências da obra ou do serviço. Quanto aos interesses meramente patrimoniais compostos nestas relações, os do contratante e do contratado (nominados por ele de interesses financeiros), afirma, procedentemente, que são da mesma natureza, idênticos e de igual respeitabilidade.³⁰ Daí haver concluído, mais além, que: “Toda inadimplência, toda violação, constituem uma falta da Administração. Não há razão alguma para não aplicar a toda esta parte do contrato as regras estabelecidas no Direito Privado”.³¹

Aliás, a própria Lei 8.666, atualizada pela Lei 8.883, em seu art. 54, estabelece que os contratos administrativos por ela regidos “regulam-se por suas cláusulas e pelos preceitos de Direito Público, aplicando-se-lhes, supletivamente, disposições de Direito Privado”. A regra geral no Direito brasileiro, em tema de inexecução de obrigações, é a que consta do art. 389 do novo Código Civil – Lei 10.406, de 10.1.2002 – (que corresponde ao antigo 1.056 do Código Civil de 1916), cujos termos são os seguintes: “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.

53. A conduta transgressora do contrato é que configura o que alguns autores denominam como “fato da Administração”, exemplificando – como dito – com retardamentos de pagamento, não liberação tempestiva do início das obras, omissão em efetuar as desapropriações que condicionam a realização delas etc. Todos estes são exemplos apresentados por Hely Lopes Meirelles e por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que os traz à colação citando aquele autor. Ambos, todavia, a nosso ver, conceituam o “fato da Administração” de maneira que não nos parece de aceitar.

O primeiro ilustre autor diz que: “*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”.³² A segunda, eminentemente jurista, primeiramente recorre à lição de Escola,

dizendo que o *fato da Administração* deve ser entendido como “toda conduta ou comportamento desta que torne impossível, para o cocontratante particular, a execução do contrato”, e ao depois aponta como mais completa a formulação de Hely, supratranscrita.³³

Divergimos destas conceituações por uma dupla razão. De um lado, elas dizem menos que o indispensável e, de outro, dizem mais do que seria cabível. Assim, ao deixar de referir que o *fato da Administração* é comportamento irregular, violador do contrato, omitem justamente o que dá identidade à figura e serve para apartá-la com clareza do *fato do príncipe* (ainda que ambos se distingam também por ser o fato do príncipe um comportamento alheio à posição contratual do Poder Público, ao passo que o fato da Administração eclode com o Poder Público se comportando na qualidade de contratante). De outro lado, referem uma característica que não é indispensável para caracterizar-se o fato da Administração – qual seja, a de retardar ou impedir a execução do contrato. Se os atrasos de pagamento se constituem em fatos da Administração, conforme o exemplário apresentado, então, o fato da Administração não necessariamente impede ou retarda a execução contratual, pois muitas vezes do atraso do pagamento não advém atraso no cumprimento do contrato por parte do contratado.

Reputamos preferível conceituar o *fato da Administração* como o comportamento irregular do contratante governamental que, nesta mesma qualidade, *viola os direitos do contratado* e eventualmente lhe dificulta ou impede a execução do que estava entre eles avençado.

54. As consequências dos aludidos *fatos da Administração* são tratadas na Lei 8.666/1993. Assim, o retardamento de pagamentos dá margem à indenização do contratado – pois, a teor do art. 66: “O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial”. Se, por força do atraso, houver impedimento ou retardamento na execução, haverá prorrogação do contrato, como estabelecido no art. 57, § 1º, VI. Além disto, consoante dispõe o art. 78, XV (já dantes mencionado: n. 34), o atraso superior a 90 dias, salvo no caso de calamidade pública, dá ao contratado o direito de suspender o cumprimento de suas obrigações até a normalização do pagamento, ou de pedir a rescisão do contrato.

30. *Théorie Générale du Contract Administratif*, Paris, A. Pédone, 1945, p. 433.

31. *Ob. cit.*, p. 443.

32. *Direito Administrativo Brasileiro*, 38ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2012, p. 245.

33. *Direito Administrativo*, 14ª ed., São Paulo, Atlas, 2002, p. 263.

A omissão de providências das quais advenha retardamento na execução do contrato – e não apenas, como é óbvio, a que resulte do atraso de pagamentos – implica, de acordo com o estatuído no art. 79, § 5º, automática prorrogação do cronograma de execução dele, pelo tempo correspondente. Além disso, dá margem a que o contratado – se o desejar – obtenha rescisão do contrato, conforme previsto no art. 78, XVI, e seja indenizado pelos prejuízos que houver sofrido, como estabelece o art. 79, § 2º.

O contrato administrativo e o dever de boa-fé

55. Gordillo, o eminente Mestre platino, a sabendas, averbou: “Se dice así que los contratos administrativos son esencialmente de *buena fe*, lo que lleva a que la Administración no deba actuar como si se tratara de un negocio lucrativo, ni a tratar de obtener ganancias ilegítimas a costa del contratista, ni a aprovecharse de situaciones legales o fácticas que la favorezcan en perjuicio del contratista.”³⁴

Em suma: a tipologia do chamado contrato administrativo reclama de ambas as partes um comportamento ajustado a certas pautas. Delas procede que, pela via designada contratual, o Poder Público pode se orientar unicamente para a satisfação do interesse público que ditou a formação do ajuste. É por isso que lhe assistem os poderes adequados para alcançá-lo. O particular contratante procura a satisfação de uma pretensão econômica, cabendo-lhe, para fazer jus a ela, cumprir com rigor e inteira lealdade as obrigações assumidas. Dês que as atenda como deve, incumbe ao Poder Público respeitar às completas a equação econômico-financeira avençada, a ser entendida com significado real e não apenas nominal. Descabe à Administração menosprezar este direito. Não lhe assiste, por intuítos meramente patrimoniais, subtrair densidade ou o verdadeiro alcance do equilíbrio econômico-financeiro.

56. De outra parte – impende ressaltar –, ao contratante privado é defeso pretender evadir-se, seja por que meios for, ao completo, regular e fiel cumprimento das obrigações assumidas. E entre elas – é bem de ver – incluem-se os encargos suplementares que lhe sejam interrogados pela Administração, aí compreendidas as alterações contratuais resultantes de imposição unilateral do contraente público – desde que respeitado o objeto da avença. A contrapartida delas é a

restauração do equilíbrio econômico-financeiro; porém, mais que isto nada pode ser postulado pelo contratante privado.

Não lhe quadra eximir-se, em abertas ou a esconas, da integral submissão aos genéricos deveres de correto e leal cumprimento dos encargos à sua compita e das específicas obrigações que lhe hajam sido inculcados, assim no momento da formação do vínculo que em ocasiões ulteriores compreendidas no percurso da dilação contratual. Não vai demasia alguma em recordar que o ato constitutivo do liame entre as partes traz consigo submissão do contraente particular não apenas ao especificamente ajustado naquele instante, mas acarreta assujeitamento às subsequentes imposições que venham a ser feitas pelo Poder Público quanto às prestações e à fiscalização de seu integral cumprimento.

57. Demais disso, o contratante privado não pode buscar qualquer proveito econômico adicional excedente do equilíbrio originário tratado – isto é, não previsto – que seja auferível em detrimento e às expensas da Administração. Nesta categoria se compreendem tanto a execução com materiais inferiores aos supostos na avença quanto a realizada por processos menos dispendiosos, se o forem com sacrifício da segurança, da rapidez ou da qualidade da obra ou serviço, como, ainda, os reajustes de preços imotivados, vale dizer, sem correspondência com a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro convenionado.

Quaisquer destes procedimentos prefiguram falta contratual sancionável, a ser devidamente apurada e reconhecida, sempre que revelem dissonância com os deveres de lisura e boa-fé norteadores deste tipo de relação jurídica.

O que preside os contratos em geral e o chamado contrato administrativo em particular é o reverencial respeito à intenção das partes, absorvida em sua verdadeira substância, tal como surtiu no momento do ajuste. Daí que o equilíbrio concertado nesta ocasião é sobreposse relevante.

VIII. A cláusula “*rebus sic stantibus*”

58. Como é de todos sabido, a ideia de que as obrigações contratuais devem ser entendidas em função das circunstâncias ao lume das quais se travou o ajuste longe está de ser construção moderna. Pelo contrário, sua origem remonta às lições do Direito romano.

34. *Derecho Administrativo de la Economía*, Ediciones Macchi, 1967, p. 340.

Entre muitos estudos ao respeito, merece salientado o despretensioso mas notável resumo da Lavra do pranteado Lúcio Bittencourt, o qual, em comentário inserto na *RDA*,³⁵ conseguiu, com pena de ouro, fazer síntese lapidar da evolução da chamada cláusula *rebus sic stantibus* ao longo dos tempos.

59. Registra o reputado administrativista que em Sêneca e Cícero, nas Decretais de Graciano, nas obras de Juan de Andréa e Bartolomeu de Brescia, já se encontrava a enunciação do princípio. Este ganhou com os bartolistas enunciação definitiva nos seguintes termos: "contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futura *rebus sic stantibus intelliguntur*".

Tal cláusula foi, mesmo, expressamente acolhida em alguns Códigos de origem germânica, consoante apostila de Caio Tácito,³⁶ tais o *Codex Maximilianus Bavaricus Civilis*, de 1756, o Código prussiano e o austríaco. De acordo com ela, as obrigações contratuais não de ser entendidas em correlação com o estado de coisas ao tempo em que se contratou. Em consequência, a mudança acentuada dos pressupostos de fato em que se embasaram implica alterações que o Direito não pode desconhecer. É que as vontades se ligaram em vista de certa situação, e na expectativa de determinados efeitos, e não em vista de situação e efeitos totalmente diversos, surtidos à margem do comportamento dos contraentes.

A cláusula *rebus sic stantibus* viveu seu fastígio nos séculos XIV, XV e XVI e, sem embargo de persistir invocada mais além, entrou de declinar em seguida, sendo, por assim dizer, praticamente sepulta pela influência do Código napoleônico. Com este retomou-se a concepção, também romanista e típica, da imutabilidade do contrato, entendido segundo a friteza literal do *pacta sunt servanda*.

IX. A teoria da imprevisão

60. O advento da primeira Guerra Mundial fez renascer o velho e salutar preceito contido na cláusula *rebus sic stantibus*. Reapareceu com roupagem nova, sob as vestes de "teoria da imprevisão". Esforça-se em que a ocorrência de fatos imprevisíveis, anormais, alheios à ação dos contraentes, e que tornam o contrato ruinoso para

uma das partes, acarreta situação que não pode ser suportada unicamente pelo prejudicado.

A instabilidade, a mutação profunda das condições econômicas, em antítese com o momento histórico precedente, não mais se compatibilizaram com o rigor formalístico prestigiado na concepção napoleônica. Com efeito, a ideia de imutabilidade do pactuado só é convivente com períodos de grande estabilidade. Fora daí, longe de servir à disciplina de relações sociais — como pretende o Direito —, só pode gerar empeco ao eficiente desenvolvimento delas.

Não é de surpreender, então, que, na própria França, em famoso aresto do Conselho de Estado (*Gaz de Bordeaux*, 1916), fosse proclamada a impossibilidade de um concessionário arcar com a totalidade dos prejuízos decorrentes de imprevisível alta de preços que tornara as tarifas insuficientes. Aliás, conforme advertência de Waeline, as premissas da "teoria da imprevisão" e suas consequências já haviam sido aplicadas em arestos precedentes e a própria voz "imprevisão" fora dantes invocada, em 1905, no aresto "Ville de Paris". O aresto "Labeye", de 1911, segundo o mesmo autor, concede indemnização "nada obstante todas as cláusulas em contrário".³⁷

61. A teoria da imprevisão ganhou tomo e obteve larga aceitação assim na jurisprudência que na doutrina, tanto alhures como no Brasil. Supunha-se, quando de sua aplicação inicial na França, tratar-se de remédio heróico, terapia provisória a ser aplicada sobre situação efêmera, marcada pela transitoriedade. Daí, certamente, a fisionomia alquanto restritiva com que se apresentou naquele país, pois partilhava entre os contraentes os prejuízos advindos das altas imprevisas, na pressuposição de que se estava a enfrentar algo como uma crise, um fenômeno circunstancial, a ser logo superado. Ledo engano. A estabilidade dos tempos transactos foi superada em todo o mundo, como se acabou por reconhecer *urbi et orbi*.

Entre nós, acórdão de mão e sobremão do Tribunal de Apelação do antigo Distrito Federal ressaltou este ponto e fez admirável síntese dos fundamentos da teoria e de seu alcance, tendo em ponto um contrato de construção. Observou que, na atualidade, "(...) o risco que os contraentes assumem no contrato não pode ser concebido como excedendo o risco normal, isto é, o que se compreende nos limites da previsão humana. Levar mais longe o dogma da intangibilidade do contrato seria, sob o pretexto de garantir a liberdade con-

35. Vol. II, fasc. II, pp. 812 e ss.

36. Ob. cit., p. 297.

37. Ob. cit., p. 622.

tratal, destruir o fundamento do contrato, a sua base econômica e moral, como instrumento de comércio e de cooperação entre os homens, o elemento de boa-fé e de justiça sem o qual a liberdade dos contratos seria apenas uma aparência destinada a legitimar o locupletamento injusto de uma parte à custa do patrimônio da outra, sobre esta recaindo de modo exclusivo os riscos estranhos à natureza do contrato e que, se previsíveis na ocasião de atar-se o vínculo contratual, teriam impedido a sua formação. Os pressupostos que determinaram as partes a se obrigarem deixaram de existir e, se imprevisíveis as circunstâncias que de modo tão grave frustraram a justificada expectativa dos contraentes, seria, evidentemente, injusto manter a economia do contrato contra a intenção e a fé em que ele foi ajustado e concluído. Nas épocas, porém, como a nossa, de grandes cataclismas políticos que surpreendem pela sua amplitude e a sua gravidade ainda aos homens colocados nas torres de comando, e forçam os governos em todos os países às mais drásticas medidas de emergência, seria sumamente injustificável que no domínio do comércio jurídico e da liberdade contratual, que se fundam precisamente no pressuposto da continuidade da ordem estabelecida, se deixasse ao egoísmo individual o poder, *dissimulado em direito, de aproveitar-se das circunstâncias imprevisíveis e anormais para transformar um instrumento de equilíbrio econômico, como é o contrato, em instrumento de extorsão ou de enriquecimento injusto*. Daí o haver a teoria da imprevisão nos contratos passado somente de poucos anos a esta parte a ser considerada como da mais alta importância prática.³⁸

62. Para a aplicação da teoria, entendia-se necessária a ocorrência de três requisitos, a saber: a) que o prejuízo resultasse de evento alheio ao comportamento das partes, ou, no caso da Administração, estranho à sua posição jurídica de contratante; b) que o evento determinante do prejuízo fosse não apenas imprevisível, mas também imprevisível; c) que o prejuízo resultante para o onerado fosse significativo, isto é, gravemente convulsor da economia do contrato.

63. No Direito brasileiro a teoria ganhou plena aceitação. Alcinô Salazar faz ampla documentação disto em comentário sobre "A cláusula *rebus sic stantibus*, sua aplicação no Direito brasileiro".³⁹

64. A teoria da imprevisão, que fora instaurada na França sob feição circunscrita, pois estabelecia partilha de prejuízos, assumiu novo caráter, inclusive porque se tornou evidente que os casos a serem por ela atendidos não correspondiam a fenômenos esporádicos, relacionados com situação efêmera. Deveras: em se verificando que a instabilidade adquirira foros de normalidade, por conseqüência de novo período histórico, razão alguma haveria para manipulá-la em guisa de paliativo limitado ao socorro de emergências, mero recurso ocasional balaceador de prejuízos incidentais.

Daí o haver-se afigurado com intuito idôneo para ajustar a normalidade dos contratos aos "novos padrões de normalidade dos acontecimentos", se assim nos podemos expressar. Destarte, converteu-se em fórmula eficiente para garantir integralmente o equilíbrio econômico-financeiro avençado ao tempo da constituição do vínculo, vale dizer: instrumento de recomposição do equilíbrio estabelecido, o que, no fundo, nada mais representa senão prestigiar o significado real do *consensus* expressado no contrato, pela restituição dos termos da equivalência inicial, ou seja, de sua normalidade substancial.

65. Demais disso, a condição "imprevisibilidade" tornou-se menos severa. É o que realça o nunca assaz citado Francis-Paul Bénôit. O imprevisível passou a se referir apenas ao *imprevisível*, ao razoavelmente não previsto, e a indenização de imprevisão transmutou-se de ajuda parcial temporária em meio de garantia do equilíbrio econômico-financeiro estipulado por ocasião do contrato, nele incluído o lucro.⁴⁰

X. As cláusulas de reajustes de preços

66. Dê-se que se enraizou a consciência de que não se vivia em um mundo estável, em economia liberta de surpresas, os contratos administrativos passaram a conter cláusulas de reajustes de preços. Como disse Bénôit, a Administração e seus contratantes, instruídos pela experiência, passaram a se premunir, no próprio contrato, con-

40. Ob. cit., p. 632.

E mais: "A condição de imprevisibilidade deve então suavizar-se: o imprevisível será somente o que não foi expressamente previsto nas estipulações do contrato" (loc. cit.).

38. Arquivo Judiciário 68/344 e ss.

39. RDA 31/301 e ss.

tra as flutuações econômicas.⁴¹ Pretendiam — consoante asserto de Waine — evitar para o futuro a aplicação da teoria da imprevisão, e por isso mesmo chegaram a fixar cláusulas que formalmente excluam o recurso à invocação dela, fiados em que o reajuste contratualmente estipulado de revisão de preços obviaria o problema que por tal modo julgavam solver.

Percebe-se, mesmo ao primeiro súbito de vista, que seu objetivo era assegurar na própria intimidade do contrato, a dizer, em seu bojo, a garantia absoluta do equilíbrio original estatuído, segundo a substância do ajuste. Destarte afastaram-se os percalços inerentes à invocação da teoria da imprevisão, quais “a imprevisibilidade” do evento e a exigência de “caráter vultoso no prejuízo”, traços componentes deste instituto até os albores de sua última fase.

Porém — como bem o disse Waine —, desejava-se “prever o imprevisível”. Ocorre, observa o autor, citando frase de André Maurois, que “o inesperado sempre acontece”. Por isso Waine rematou: “Precisamente porque a indenização da imprevisão supõe a superveniência de acontecimentos que, por hipótese, as partes não haviam podido prever quando da conclusão do contrato, a jurisprudência houve por bem decidir que tais cláusulas, inseridas nos contratos, eram sem valor para o caso em que qualquer circunstância realmente imprevisível sobreviesse no interregno. Nenhuma cláusula de exclusão poderia jamais impedir o empreiteiro, por exemplo, de postular indenização por imprevisão quando ocorresse fato novo absolutamente imprevisível na data do contrato e subvertedor das previsões das partes”.⁴²

67. Pela cláusula de reajuste, o contratante particular e o Poder Público adotam no próprio contrato o pressuposto *rebus sic stantibus* quanto aos valores então demarcados, posto que estipulam a revisão dos preços em função das alterações subsequentes. É dizer: pretendem acautelar os riscos derivados das altas que, nos tempos atuais, assumem caráter de normalidade. Portanto, fica explícito no ajuste o propósito de garantir com previdência a equação econômico-financeira, na medida em que se renega a imutabilidade de um valor fixo e se acolhe, como um dado interno à própria avença, a atualização do preço.

Tal proceder, longe de insueto, tornou-se habitual, sendo de uso corrente e moente nos chamados contratos administrativos inclusive no Exterior, conforme já averbado.

68. Parece claro a todas as luzes que nestes casos a intenção traduzida no ajuste é a de buscar equivalência real entre as prestações e o preço. Em suma: o acordo de vontades, no que atina à equação econômico-financeira, em interpretação razoável, só pode ser entendido como o de garantir o equilíbrio correspondente ao momento do acordo, de sorte a assegurar sua persistência, prevenindo-se destarte o risco de que contingências econômicas alheias à ação dos contratantes escamoteiem o significado real das prestações recíprocas.

XI. Os reajustes e os índices oficiais

69. Nos contratos administrativos com cláusula de reajuste este se reporta à índices oficiais que *deverão* reproduzir a real modificação deles. À Administração não é dado manipulá-los, ou por qualquer modo viciá-los em detrimento do contratante. Até porque, se atuar deste modo, estará se desentocando com sua real finalidade e perseguindo interesses secundários assintônicos com os interesses públicos primários. A respeito da subordinação administrativa a estes e da impossibilidade de perseguir interesses secundários conflitantes com os interesses primários, vem a talho colher preciosa lição de Alessi.

Distinguindo-os e exemplificando, o notável mestre italiano⁴³ indica que os interesses públicos coletivos, “(...) dos quais a Administração deve prover a satisfação, não são, saliente-se, simplesmente o interesse da Administração considerada como aparelho organizativo, mas aquele que foi chamado de interesse coletivo *primário*, formado pelo complexo dos interesses individuais prevalentes em determinada organização jurídica da coletividade. O interesse do aparelho, se concebível um interesse apenas do aparelho unitariamente considerado, seria simplesmente um dos interesses *secundários* que se fazem sentir no seio da coletividade e que podem ser realizados unicamente no caso de coincidência e nos limites desta coincidência com o interesse coletivo *primário*”.

41. Ob. cit., p. 360.

42. Ob. cit., pp. 625-626.

43. Alessi, *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, Milão, Giuffrè, 1960, pp. 197-198.

O mesmo autor observa que o interesse coletivo primário ou simplesmente interesse público é o complexo de interesses coletivos prevalentes na sociedade, ao passo que o interesse secundário é composto pelos interesses que a Administração poderia ter como qualquer sujeito de direito, interesses subjetivos, patrimoniais, em sentido lato, na medida em que integram o patrimônio do sujeito. Cita como exemplo de interesse *secundário* da Administração o de pagar o mínimo possível a seus servidores e de aumentar ao máximo os impostos, ao passo que o interesse público *primário* exige, respectivamente, que os servidores sejam pagos de modo suficiente a colocá-los em melhores condições e tornar-lhes a ação mais eficaz e a não gravar os cidadãos de impostos além de certa medida. Este é o ensinamento de Alessi,⁴⁴ em tradução livre.

Jamais poder-se-ia considerar um interesse público primário levar a boa-fé do contratante e retirar significação autêntica do reajuste com apoio em índices irrealis.

De outra parte, não se pode, obviamente, presumir que as partes adotem como pressuposto a desconincidência de índices oficiais com a *real* e efetiva alteração de preços. Interpretação desta ordem seria absurda e abusiva. Absurda, pois implicaria admitir que o contratante estaria liminarmente abrindo mão do significado verdadeiro da equação econômico-financeira e se dispendo a sofrer prejuízo, quando a fixação de cláusulas de reajuste conduz exatamente a ideia e intenção contrárias, em ambas as partes. Abusiva, pois teria que se apoiar em *presunção jurídica* intolável; qual a de atribuir, por antecipação, erro nos índices que ainda virão a ser estabelecidos por terceiro — e, no caso, um Poder Público. É um sem-sentido firmar como regra hermenêutica, como um *a priori* interpretativo, presunção de erro em atos públicos que ainda virão a ser praticados. Tão supremo débito de confiança ou “crédito de desconfiância” não pode ser, de direito, regra de interpretação de relações jurídicas.

70. Exatamente pelas razões aduzidas, se e quando os índices oficiais a que se reporta o contrato deixam de retratar a realidade buscada pelas partes quando fizeram remissão a eles, deve-se procurar o que foi efetivamente pretendido, e não simplesmente o meio que deveria levar — e não levou — ao almejado pelos contraentes. Não padecer dúvida de que os índices são um meio e não um fim. A elei-

ção de meio revelado inexistente não pode ser causa elisiva do fim, mas apenas de superação do meio inadequado.

Para que as partes cumpram devidamente o ajuste em toda sua lisura, boa-fé e lealdade, como de direito, cumpre que atendam ao efetivamente pretendido, respeitando a real intenção das vontades que se compuseram. Esta regra singela de interpretação consta expressamente do Código Civil, Lei 10.406, de 10.1.2002 — no art. 112, de acordo com o qual “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”, e que apenas modifica, para pior, do ponto de vista do vernáculo, o anterior art. 85, mais conciso, segundo o qual: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem”.

71. Por certo, o que se pretende em casos que tais é o óbvio: aquilo mesmo que se espera de uma cláusula de reajuste constante de avença administrativa; a saber: a manutenção da equação econômico-financeira, de molde a salvaguardar o equilíbrio inicialmente estipulado. E é isto que deve, como um direito do contratante, conforme exposição anterior, ser deferido a ele. No que atina aos aspectos relacionados com o equilíbrio financeiro pactuado, procede recolher fundamentalmente as seguintes ideias, de curso corrente e moente no seio de boa fonte doutrinária e jurisprudencial.

(I) A equação econômico-financeira é um direito do contratante particular e não lhe pode nem lhe deve ser negado o integral respeito a ela.

(II) A Administração há de atuar com boa-fé nos chamados contratos administrativos, pelo quê, conforme a citada lição de Gordillo, não lhe calha valer-se de expedientes pelos quais se “aproveite de situações legais ou fáticas que a favoreçam em prejuízo do contratante”, vez que não está envolvida em negócio lucrativo, mas na busca de um interesse público.

(III) As avenças entre Administração e particular, nominadas contratos administrativos, fazem deste último um *colaborador* do Poder Público ao qual não deve ser pago o mínimo possível, mas o normal, donde caber-lhe valor real estipulado no contrato ao tempo do ajuste.

(IV) As partes, ao se obrigarem, fazem-no *rebus sic stantibus*, de tal sorte que as alterações profundas nas situações de fato não

44. Ob. cit., pp. 198 e 199, notas 3 e 4.

podem ser desconhecidas pelo Direito, reclamando, por isso, a adequada compensação para que as prestações continuem equilibradas em função do ajuste inicial.

72. Parece claro que a aplicação destas conclusões, para que tenham significado real, verdadeiro, e não apenas nominal, supõe reajuste de preços com base no que efetivamente ocorre. Tal proceder, longe de desconsiderar a essência dos contratos administrativos, atende a seu espírito e reverencia-lhes o conteúdo.

De conseguinte, se e quando os índices aludidos no contrato discreparem *in concreto* da realidade, frustrando, assim, *como instrumento de verificação*, o que se pretendia verificar, insta apurar objetivamente a verdadeira elevação ocorrida, para reajustar os preços mediante padrões capazes de manter íntegra a equação econômico-financeira prevista.

A solução indicada é tanto mais adequada quando se sabe, conforme *retro* foi dito, que até mesmo a cláusula de formal rejeição à teoria da imprevisão não pode prosperar ante circunstâncias insuspeitadas à época do contrato.

XII. Obrigações do Estado derivadas de contratos inválidos⁴⁵ ou "inexistentes"

73. Para identificar as consequências de contratos administrativos inválidos é preciso distinguir as seguintes situações:

a) casos em que a relação é invalidada antes de qualquer prestação ou despesa em que o contratado tenha incorrido por força do contrato e sem que haja sofrido algum prejuízo indireto, isto é, oriundo do atrelamento contratual;

b) casos em que, não tendo havido má-fé por parte do administrado a invalidação ocorre depois de prestações contratuais ou da efetivação de despesas efetuadas em razão do contrato ou mesmo quando, por força da vinculação a ele, o contratado ficou privado de comprováveis proveitos econômicos que, não fora por isto, teria inquestionavelmente obtido em outra relação jurídica;

45. Tratamento aprofundado do tema encontra-se em obra de mão e sobrenão da lavra de Jacintho de Arruda Câmara, com o mesmo título: *Obrigações do Estado Derivadas de Contratos Inválidos*, Malheiros Editores, 1999.

c) casos em que, mesmo sem contrato, mas diante de situações fáticas comprovadas, sem má-fé, efetuou prestações aceitas, ainda que implicitamente, pela Administração.

Na primeira hipótese a fulminação do contrato não propõe qualquer problema. Na segunda e terceira hipóteses o administrador faz jus a indenização, nos termos supostos no contrato, pelas prestações que realizou e, ainda, pelas despesas em que terá que incorrer por força do contrato viciado, e terá direito ao acobertamento dos prejuízos indiretos, ou seja, dos proveitos que deixou de captar em outra relação jurídica, por força da vinculação contratual.

Sem embargo, salvo se esteve conluiado com a Administração na ilegalidade, não sendo possível repor o *status quo ante*, terá de ser acobertado pelas despesas que fez em relação ao que a Administração haja aproveitado e incorporado em seu proveito. O princípio do enriquecimento sem causa abona esta solução, até mesmo nos casos em que tenha havido má-fé. Este acobertamento deverá ser pelo exato valor a ser pericialmente apurado, e que corresponderia à vantagem auferida pela Administração, ainda que o dispêndio do contratado haja sido maior; e, evidentemente, a ele não assistirá direito a qualquer lucro ou remuneração por aquilo que empreendeu. Também nesta hipótese não será resguardado dos prejuízos indiretos, ou seja, dos proveitos que acaso haja deixado de auferir em razão da vinculação contratual.

XIII. Os quase contratos e o enriquecimento sem causa

74. Alguns administrativistas, mormente no passado, referiram o enriquecimento sem causa como uma espécie representativa dos chamados "quase contratos", sistematização proveniente do Direito romano pós-justiniano e que chegou a ser acolhida em alguns Códigos Civis.⁴⁶ Os quase contratos seriam uma fonte obrigacional decorrente de ato voluntário em que sujeitos de direito se ligam como se fora por vínculo contratual sem que, todavia, tenha ocorrido o acordo de vontades que caracteriza o contrato. No Direito Administrativo compreenderiam a gestão de negócios (*negotiorum gestio*) e a ação de restituição do indébito (*actio de in rem verso*), cujo objeto

46. Foi o que sucedeu com o Código napoleônico e com o italiano de 1875, como o registram Landi e Potenza (*Manuale*...). Clóvis Beviláqua refere ainda o Código espanhol, o chileno e o boliviano (*Direito das Obrigações*, Freitas Bastos, 4ª ed., 1936, p. 113).

se incluíria no gênero que proscreeve o enriquecimento sem causa. Sem dúvida, este último é a principal figura, e merece uma particular referência.

75. *Enriquecimento sem causa* é o incremento do patrimônio de alguém à custa do patrimônio de quem o produziu sem que, todavia, exista uma causa juridicamente idônea para supeditar esta consequência benéfica para um e gravosa para outro. E bem de ver que tal fenômeno não é exclusivo do Direito Privado.

Na esfera do Direito Administrativo, por vezes, uma atuação do administrador, do mesmo passo em que lhe causa um empobrecimento, vem a produzir um enriquecimento patrimonial em favor do Poder Público, faltando, todavia, um fundamento jurídico prestante que sirva para justificar tal resultado — o qual, portanto, significará um locupletamento do Poder Público a expensas de outrem.

Este resultado injusto, que já se encontrava censurado pelo velho brocardo romano *nemo locupletari potest cum aliena jactura* (“ninguém deve se locupletar com o dano alheio”), é universalmente proscrito.

76. No Direito italiano com frequência os administrativistas ligam a adoção da teoria ao disposto nos arts. 2.041 e 2.042 do Código Civil italiano.⁴⁷ Guido Falzone, entretanto, observa, com inquestionável acerto, que a citada regra do Código Civil “não se constitui em um princípio a ser analogicamente aplicado ao Direito Público”, mas que se trata de “um princípio geral do nosso ordenamento jurídico e que, como tal, deve aplicar-se perante todos os sujeitos dele, independentemente de suas naturezas jurídicas”.⁴⁸

No Direito francês, segundo a jurisprudência do Conselho de Estado, conforme averbação de Laubadère, as condições para invocação da ação de enriquecimento sem causa seriam (a) que o réu haja efetivamente se enriquecido, que haja extraído proveito do comportamento do empobrecido; (b) que a tal enriquecimento corresponda um empobrecimento do autor da ação, estabelecendo-se de maneira certa a relação entre estes fenômenos; (c) que o enriquecimento e o correlativo empobrecimento hajam sido sem causa, pois se existir

um título jurídico justificativo do enriquecimento descaberá a ação; e (d) que a ação de enriquecimento sem causa apresente um caráter subsidiário, ou seja, que o autor careça de outra via própria para fundamentar sua pretensão.⁴⁹ E, mais além, precisa que, provindo o enriquecimento de obras, (e) estas devam ter sido úteis à Administração e que hajam sido efetuadas com seu assentimento, ainda que tácito.⁵⁰

77. Em valiosa monografia sobre o tema, Gabriel Bayle profere lições que acolhemos integralmente e que reputamos perfeitamente aplicáveis ao nosso Direito. Diz ele que “são em número de três as condições para que prospere a invocação do enriquecimento sem causa: é preciso que haja assentimento da coletividade pública enriquecida, utilidade geral da despesa feita pela pessoa empobrecida e proveito extraído sem causa jurídica pela Administração. Quando estas três condições estejam preenchidas, deve ser possível ligar a teoria administrativa ao princípio geral de que a Administração não deve se enriquecer sem fundamento jurídico à custa de particulares”.⁵¹

O assentimento administrativo — como esclarece o citado autor — pode ser havido como presumido em hipóteses de urgência, de necessidade ou do caráter indispensável das prestações, afora os casos em que a Administração decide não se opor à oferta de colaboração da contraparte, seja quando, tendo sido preliminarmente informada do cumprimento das prestações, não se opõe à execução delas, não as proíbe, mas empenha-se mesmo em controlá-las e/ou fiscalizá-las a execução.⁵² O referido monografista anota, ainda, com indubitoso acerto, que o enriquecimento sem causa tem lugar mesmo em hipótese na qual o contrato não é apenas nulo, mas inexistente⁵³ — com o quê, entre nós, concorda inteiramente Hely Lopes Meirelles, segundo quem a obrigação de indenizar ocorre “não com fundamento em obrigação contratual, ausente na espécie, mas, sim, no dever

49. *Traité des Contrats Administratifs* (LGDF, Paris, 1983) de autoria de André de Laubadère, Frank Modeme e Pierre Devolvé (e cuja 1ª ed. é obra exclusiva do primeiro destes autores), em capítulo da lavra de Laubadère, pp. 34-35.

50. Ob. cit., p. 515.

51. *L'Enrichissement sans cause en Droit Administratif*, LGDF, Paris, 1973, p. 23. O autor aponta, então, como inaugural, o aresto Lemaire do Conselho de Estado (1890). Sem embargo, conforme René Chapus seu reconhecimento na qualidade de princípio geral só ocorreria em 1961 (*Droit Administratif*, 6ª ed., vol. I, Paris, Monchrestien, 1992, pp. 891-892).

52. Ob. cit., p. 126.

53. Ob. cit., p. 128.

47. Cf. Aldo Sandulli, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 6ª ed., CEDAM, 1960, p. 100, e Guido Landi/Giuseppe Potenza, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Milão, Giuffrè, 1963, p. 198.

48. *Le Obligation dello Stato*, Giuffrè, Milão, 1960, p. 155.

moral e legal (...) de indenizar o benefício auferido pelo Estado, que não pode tirar proveito da atividade do particular sem o correspondente pagamento”.⁵⁴ Em abono desta assertiva o autor cita os julgados do TJRJ in *RF* 153/305; do TJSP in *RT* 141/686, 185/720, 188/631 e 242/184; e do 1ª TACivSP in *RT* 272/513.

78. Registre-se que Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz, em monografia sobre *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação*, ao estudarem hipóteses em que um particular desenvolve atividade de proveito coletivo sem que hajam sido cumpridas as formalidades pré-contratuais ou contratuais, anotam que: “(...) o problema só adquire relevância se presentes os seguintes dados: a) enriquecimento ou proveito para a coletividade; b) empobrecimento ou depreciação patrimonial para o prestador de serviços; c) relação de nexó entre um e outro dos fenômenos acima apontados; d) ausência de causa para a concretização dos aludidos fenômenos”.⁵⁵ Expõem que, se a Administração não se opôs a tal atividade e, dessarte, consentiu tacitamente em sua realização, *ficará obrigada a indenizar seu autor*, se impossível ou inconveniente a restauração ao *status quo ante*.⁵⁶

Os autores, todavia, ao invés de recorrerem ao princípio do enriquecimento sem causa — que, ao nosso ver, é indubitavelmente cabível —, reputam que a solução adequada no Brasil é a da responsabilidade do Estado, com base na correspondente previsão constitucional. De acordo com eles: “Na realidade, o princípio jurídico, que o tema coloca em pauta, é o da igualdade na distribuição das cargas públicas. Aquele que presta um serviço à coletividade fará, nas circunstâncias a que em seguida nos dedicaremos, jus à reparação, *mesmo sem regularidade formal da relação jurídica*, porque, em virtude da ação ou omissão do Estado, restou desprivilegiado frente aos demais administrados, quanto à repartição das cargas públicas genéricas. E essa situação, no Direito brasileiro, se soluciona com remissão ao art. 37, § 6º, da Constituição Federal”.⁵⁷ Estantes em que o referido dispositivo e o princípio geral de Direito que veda o enriquecimento sem causa não são noções excludentes, mas, pelo contrário, se completam e convivem em plena harmonia.

54. *Direito Administrativo Brasileiro*, 38ª ed., Malheiros Editores, 2012, p. 245.

55. Malheiros Editores, 3ª ed., 1994, pp. 95-96.

56. Ob. cit., pp. 95-102, notadamente pp. 101-102.

57. Ob. cit., p. 100.

Resalte-se, a final, que a teoria do enriquecimento sem causa tem aplicação também em situações derivadas de atos unilaterais da Administração, consoante anotamos ao tratar da invalidação de atos administrativos (Capítulo VII, ns. 173 e 174).

XIV. Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC)

79. Em vista da Copa das Confederações da FIFA (2013), da Copa do Mundo de Futebol (2014) e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos (2016) foi instituído um regime especial, dito Regime Diferenciado de “Contratações” Públicas (RDC), pela Lei 12.462, de 5.8.2011, que é a conversão da MP 537, de 2011, destinado inicialmente, conforme seu art. 2º, às obras de infraestrutura e contratação de serviços para os aeroportos das Capitais dos Estados distantes até 350 km das cidades sedes dos mencionados mundiais e outras obras a serem definidas pela própria Administração Pública. Posteriormente foi alargado seu âmbito de ação, para abranger também “as ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC)”, previsto na Lei 11.578, de 26.11.2007, bem como as “licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino”.

Por se tratar de uma lei destinada, de início, a reger contratos *parita* tão somente alguns eventos esportivos e com épocas certas de realização, após o quê ela será inoperante, e ao depois estendida a determinadas situações específicas, não parece ser o caso, por enquanto, de dedicar-lhe atenção muito minuciosa, o que possivelmente terá de ser feito caso sua utilização, *in concreto* vier a se tornar frequente. Vale a pena, contudo, desde já, fazer algumas anotações sobre suas disposições.

A primeira é a de que dita lei não pode ter a pretensão de reger licitações e contratos efetuados por Estados, Distrito Federal e Municípios, porque, como bem observou, argutamente, Maurício Zockum, não se trata de “norma geral”, prevista no art. 22, XXI, da Constituição,⁵⁸ mas, pelo contrário, de norma de muita especificidade; logo, a competência da União não irrompe na matéria, pelo que, a Lei 12.462 só poderia valer para a esfera federal. Quem, todavia, animar-se-á a impugná-la, sendo certo e sabido que em tema de licitação e contratos é

58. “Apostamentos do Regime Diferenciador de Contratação à Luz da Constituição da República”, in *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC*, obra coletiva, Marcio Cammarosano, Augusto Neves Dal Pozzo e Rafael Valim (Coords.), Fórum, 2011, p. 13 e ss.

tão rotineira quanto inconsequente a violação das órbitas regionais e locais por lei federal?

A segunda observação diz respeito a algumas novidades em relação à Lei 8.666. Vejamos as mais importantes.

a) O orçamento estimado para a contratação será sigiloso e só depois do encerramento da licitação é que será divulgado. Só serão noticiados os quantitativos e demais informações necessárias à elaboração das propostas (art. 6º). É claro que o sigilo mencionado não vigorará nos casos em que for adotado, como critério de julgamento, o critério de maior desconto (§1º do art. 6º).

b) A fase de habilitação, similarmente ao que já hoje ocorre no pregão, ao invés de preceder à classificação e julgamento das propostas, só se realiza depois delas (art. 12), podendo ser excepcionada apenas mediante justificativa expressamente referida no instrumento convocatório (parágrafo único).

c) A lei admite a utilização de um sistema de remuneração variável, inclusive para obras de engenharia (art. 10) "vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato", devendo sua adoção ser motivada, e respeitado o limite orçamentário fixado pela Administração (parágrafo único do art. 10).

d) É introduzida uma denominada *contratação integrada* (art. 9º e ss.), que compreende a elaboração e desenvolvimento pelo proponente dos projetos básico e executivo, afora a "execução de obras e serviços de engenharia, a montagem e a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto". O instrumento convocatório, a teor do § 2º, inciso I, deverá conter anteprojeto de engenharia que contemple os documentos técnicos destinado a possibilitar a caracterização da obra ou serviço, incluindo os aspectos ali discriminados. Na contratação integrada, consoante o art. 9º, § 2º, inciso II, "o valor estimado da contratação será calculado com base nos valores praticados pelo mercado, nos valores pagos pela Administração Pública em serviços e obras similares ou na avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou para métrica", e o critério de julgamento será o de técnica e preço (inciso III). Em sendo adotada a contratação integrada só serão admitidos termos aditivos para recomposição do equilíbrio econômico-finan-

ceiro decorrente de caso fortuito ou força maior ou então por alteração do projeto ou especificações demandados pela Administração quando não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado e dentro dos limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei 8.666 (cf. n. 30 deste capítulo). Observe-se que a limitação do reajuste jamais poderá contrariar a garantia da manutenção da equação econômico-financeira inicial, ante o disposto no art. 37, XXI, da Constituição.

Augusto Neves Dal Pozzo, em valioso estudo, anota que a "contratação integrada" já existia, prevista no "Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado" da PETROBRAS, aprovado pelo Decreto 2.745/1998 e que, embora sua constitucionalidade tenha sido objeto de questionamentos, tanto no Tribunal de Contas da União quanto no Supremo Tribunal Federal, não só, mas inclusive em razão de seus preceitos, o fato é que a estatal o tem utilizado em vários casos concretos.⁵⁹

e) Entre os critérios de julgamento passa a ser previsto o de maior retorno econômico (art. 18, inciso V), adotável nos *contratos de eficiência*, modalidade em que será selecionada "a proposta que proporcionar maior economia para a Administração Pública decorrente da execução do contrato" (art. 23). Nele, a teor de seu § 2º, os licitantes apresentarão proposta conforme dispuser o regulamento. Dita fórmula é aplicável quando o objeto for a prestação de serviços, "que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, sendo o contratado remunerado com base em percentual da economia gerada" (art. 23, § 1º).

XV. *Convênios e consórcios*

80. O contrato, como instituto da Teoria Geral do Direito, compreende duas modalidades básicas: a dos contratos em que as partes se compõem para atender a interesses contrapostos e que são satisfeitos pela ação recíproca delas e os contratos em que, inversamen-

59. "Panorama Geral dos Regimes de Execução Previstos no Regime Diferenciado de Contratações: a Contratação Integrada e seus Reflexos", in *Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC*, ob. cit., pp. 43 e ss. Entre as críticas feitas merece realce a de que se inexistirem especificações suficientes caracterizando o objeto não haverá a possibilidade de uma comparação objetiva das propostas, além de eventualmente surgirem propostas com valores muito acima ou muito abaixo dos que se obteria ante um bem delineado objeto de contratação.

te, as partes se compõem pela comunidade de interesses, pela finalidade comum que as impulsiona. Estes últimos são os contratos que originam as associações, as sociedades. Os do primeiro tipo são todos os demais contratos. A Lei de Contratos Administrativos cogita desta última espécie. Já os convênios e os consórcios correspondem a contratos do segundo tipo — ou seja, daqueles em que as partes têm interesses e finalidades comuns.

Assim, convênios e consórcios diferem da generalidade dos contratos administrativos porque, ao contrário destes, não há interesses contrapostos das partes, mas interesses coincidentes. Vejamos, agora, como diferem entre si.

81. De acordo com a Lei 11.107, de 6.4.2005, regulamentada pelo Decreto 6.017, de 17.1.2007 —, que dispõe sobre normas gerais de contratações de consórcios públicos, tema previsto no art. 241 da Constituição —, depreende-se que estes são contratos realizados entre as pessoas de Direito Público de capacidade política, isto é, entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, em vista da realização de atividades públicas de interesse comum, e dos quais resultará uma pessoa jurídica que os congregará.

O consórcio será sempre precedido de um protocolo de intenções celebrado entre as partes, o qual obrigatoriamente terá que ser ratificado por lei (art. 5º) para que se tenha como travado o contrato de consórcio, salvo se naquela entidade, antes de firmado o protocolo, já houver lei disciplinando sua participação no consórcio público (§ 4º do art. 5º).

Dependendo da forma como se organizarem, os consórcios terão personalidade jurídica de Direito Privado (o que é autêntica aberração) sem fins econômicos ou de Direito Público (art. 1º, § 1º, e art. 6º), sendo que nesta última hipótese farão parte da Administração indireta de todos os consorciados (art. 6º, § 1º). Mesmo quando constituido sob forma de Direito Privado, o consórcio público observará as normas de Direito Público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho — CLT (art. 6º, § 2º). Não é difícil perceber que quando tiverem personalidade de Direito Público serão autarquias intergovernamentais e quando tiverem personalidade de Direito Privado serão empresas públicas; portanto, ainda que a lei não o diga, neste caso também farão

parte da Administração indireta, porém, apenas da entidade governamental que detiver a maioria acionária.

É claro que para a realização de consórcios não há necessidade de licitação, assim como também não será necessária para que o consórcio trave contrato com a Administração direta ou indireta (art. 2º, § 1º, III); mas, evidentemente, fora desta hipótese ter-se-á que licitar, na forma da legislação pertinente.

82. A referida Lei 11.107 previu duas novas figuras contratuais, ambas supostas no âmbito das relações entre pessoas jurídicas de Direito Público ou entre elas e entidades da Administração Pública indireta, quando constituam vínculos para obtenção de interesses comuns. Ditas figuras são os *contratos de rateio* e os *contratos de programa*.

Contratos de rateio são avencas compostas em decorrência de consórcios públicos, formalizadas em cada exercício financeiro, nos quais os consorciados estabelecem a repartição dos montantes a cargo de cada qual na execução das despesas inerentes, constituindo-se ditos contratos em condição para a entrega de recursos financeiros ao consórcio. A teor do § 1º do art. 8º, “seu prazo de vigência não será superior ao das dotações que o suportam, com exceção dos contratos que tenham por objeto exclusivamente projetos consistentes em programas e ações contemplados em plano plurianual ou a gestão associada de serviços públicos custeados por tarifas ou outros preços públicos”.

Contratos de programa são avencas travadas entre pessoas de Direito Público ou entre elas e pessoas da Administração indireta, como condição de validade das recíprocas obrigações, tendo por objeto a “gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos” (art. 13). O contrato de programa é estabelecido no âmbito dos consórcios ou convênios e deve obedecer à legislação sobre concessão e permissão de serviços públicos.

Cumpre aqui anotar, embora sucintamente, que União, Estados e Municípios nada têm a ver com serviços públicos ou encargos uns dos outros. É o que mais detidamente tornaremos a dizer no Cap. XII, item 28, e nota de rodapé 23. Cada qual, em princípio, atua tão só no universo das respectivas competências na conformidade da distribuição constitucional das competências públicas. Assim, jamais

poderiam, elas ou suas entidades de Administração indireta, buscar, mediante prestação de serviços públicos *alheios*, a satisfação de interesses próprios de ordem puramente patrimonial, ou seja, de índole econômica, por meio de convênio, consórcio, contrato de programação ou qualquer outro instituto que fosse concebido para tanto. Vale dizer: um serviço ou encargo público da alçada de alguma entidade governamental nunca poderia, sem grave desvirtuamento de sua natureza essencial, ser tomado por outra entidade governamental, maiormente se encartada em diversa órbita político-administrativa, como um objeto suscetível de proporcionar-lhe uma captação de lucro, de proveito econômico. Mais de uma razão concorreria em abono do que se vem de dizer. Aqui, entretanto, basta reportar-nos ao que foi dito no capítulo e local citados. A consequência destas averbações é a de que *convênios e consórcio e contratos de programação só podem ser meios de colaboração desinteressada entre os sujeitos que se associem. Logo, ou estarão em causa interesses comuns dos associados ou estará em pauta uma forma de colaboração despendida entre eles na qual, então, mais não se admite que o simples ressarcimento de despesas que onerem a parte prestadora da atividade ou serviço alheio que ficar a seu cargo. Eis, pois, que a dispensa de licitação prevista no art. 24, XXVI, da Lei 8.666, só pode dizer respeito a caso em que esteja em causa colaboração desinteressada ou atividade de interesse comum.*

83. Visto o que são *consórcios*, vejamos o que são *convênios*. Convênios, aos quais também se refere o art. 241 da Constituição, são contratos realizados entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, sem que deles resulte criação de pessoas jurídicas — o que os faz distintos dos consórcios.

Segundo entendemos, só podem ser firmados convênios com entidades privadas se estas forem pessoas sem fins lucrativos. Com efeito, se a contraparte tivesse objetivos lucrativos, sua presença na relação jurídica não teria as mesmas finalidades do sujeito público. Pelo contrário, seriam reconhecidos objetos contrapostos, pois, independentemente da caracterização de seus fins sociais, seu objetivo no vínculo seria a obtenção de um pagamento.

Para travar convênios com entidades privadas — salvo quando o convênio possa ser travado com todas as interessadas — o sujeito público terá que licitar ou, quando impossível, realizar algum procedimento que assegure o princípio da igualdade.

PARTE IV

AS ATIVIDADES ADMINISTRATIVAS

- Capítulo XI — SERVIÇO PÚBLICO E OBRA PÚBLICA. Capítulo XII — CONCESSÕES E PERMISSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO E SEUS REGIMES JURÍDICOS. Capítulo XIII — INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E NO DOMÍNIO SOCIAL. Capítulo XIV — PODER DE POLÍCIA. Capítulo XV — INFRAÇÕES E SANÇÕES ADMINISTRATIVAS. Capítulo XVI — DESAPROPRIAÇÃO. Capítulo XVII — GESTÃO DOS BENS PÚBLICOS*

Expostas as vias técnico-jurídicas por cujo meio a Administração opera, cumpre examinar as atividades por ela desempenhadas. Sabidamente as atividades administrativas são muito heterogêneas. Cumpre, entretanto, buscar agrupá-las por categorias que apresentem afinidades jurídicas. Assim, é possível discernir dentro deste conjunto suas principais espécies, a saber:

a) *serviços públicos*, vale dizer, atividades materiais que o Estado, inadmitindo que possam ficar simplesmente relegadas à livre iniciativa, assume como próprias, por considerar de seu dever prestá-las ou patrocinar-lhes a prestação, a fim de satisfazer necessidades ou comodidades do todo social, reputadas como fundamentais em dado tempo e lugar. Por esta mesma razão as submete a uma disciplina jurídica específica, preordenada a garantir proteção aos interesses coletivos nelas encarnados, de sorte a facilitar-lhes a viabilização, assim como defendê-las não apenas contra terceiros ou contra as pessoas que ele próprio haja habilitado a prestá-las, mas também contra omissões ou desvirtuamentos em que o próprio Estado possa incorrer ao propósito delas.

3403
M52 F1 C30
Tomo 1302/3
Siso 2415203

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO

**CURSO DE DIREITO
ADMINISTRATIVO**

*3ª edição,
revisada e atualizada
até a Emenda Constitucional 71,
de 29.11.2012*

