*CONTRATO ADMINISTRATIVO — RECIPROCIDADE DE DIREITOS E DE OBRIGAÇÕES — IMPOSSIBILIDADE DA PRESTAÇÃO — RESPONSABILIDADE CONTRATUAL*

*— O poder público responde quando, firmado o compromisso, der margem — por ação, omissão ou falta de cuidado — à impossibilidade do seu cumprimento.*

PARECER

I

Resultando vitoriosa na concorrência pública n.º 460/69 a Construtora Beter S.A., depois de depositada uma caução no valor de Cr$ 425.548,50, assinou, aos 30.1.70, com a Prefeitura Municipal de São Paulo o contrato n.º 76, do exercício de 1970, ao qual foi dado o valor de Cr$ 8.509.803,65, para a execução das obras de construção de praça de estacionamento de automóveis, entre os viadutos Dona Paulina e Brigadeiro Luís Antônio.

A cláusula V fixou o prazo de 450 dias corridos para a execução total das obras, a contar da ordem escrita emitida pelo Departamento para seu início.

Por ofício de 16.2.70, recebido em data de 18.2.70, a Municipalidade fixou a data de 11 desse mesmo mês para início das obras.

Não mediu esforços a Construtora para cumprir as determinações do Poder Público municipal, tomando todas as providências de ordem técnica, arregimentando pessoal, maquinaria, etc., inspecionando o local, ocasião em que verificou, para maior das suas surpresas, que o terreno onde se pretendia edificar a garagem não era de posse da Prefeitura Municipal, e sim da Secretaria de Obras e Serviços do Estado de São Paulo e do Departamento de Estradas de Rodagem, existindo ainda no local um edifício em demolição.

Deu-se então pressa em comunicar os fatos impeditivos do início da construção, em carta de 19 de fevereiro, o que foi, como não podia deixar de ser, reconhecido pela Prefeitura Municipal, que suspendeu a ordem de início das obras ... "sem prejuízo das demais cláusulas contratuais".

Novo ofício da Prefeitura de 22 de julho de 1970 informou estar estudando a rescisão do contrato, mas quase seis meses depois, e um ano após a assinatura do contrato, comunicou que o Sr. Secretário de Obras não havia aceito a proposta de rescisão amigável!

Diante de tamanha demonstração de desinteresse, já não se diz pelo cumprimento das mais elementares obrigações contratuais, como, até mesmo, pela resilição amigável de um contrato que não tinha condições mínimas de subsistência, não teve outra alternativa a Construtora Beter S.A. senão promover uma interpelação judicial, responsabilizando a Prefeitura Municipal pela inexecução, pedindo perdas e danos e demais cominações, caso não providenciasse imediatamente a rescisão do contrato, com devolução da caução e pagamento da multa contratual.

Não atendidos os termos, moveu-lhe ação ordinária objetivando essa finalidade.

Resumida, por essa forma, em seus tópicos essenciais, a exposição, passo a reproduzir, acompanhados da discussão e resposta, os 10 quesitos com que me honraram.

## II

## CONTRATO ADMINISTRATIVO. NATUREZA, DEFINIÇÃO, ELEMENTOS. EQUILÍBRIO LEGAL

"1. *O contrato de execução de obras firmado entre a Prefeitura Municipal e a Construtora Beter S.A. deve ser considerado em termos bilaterais, de obrigações e direitos recíprocos entre as partes, ou o contrato entre o Poder Público e as pessoas de direito privado tem sentido diferente?*"

Matéria das menos versadas, entre nós, de maneira sistemática, o regime jurídico dos contratos administrativos tem sido praticamente deixado ao alvedrio da parte contratante mais forte, que impõe suas regras, corrigidas, caso por caso, nas hipóteses de absurdos mais evidentes, pela vigilante solércia dos nossos tribunais.

A Administração pode estabelecer duas espécies fundamentais de contratos: os de direito comum, que se submetem às normas do direito privado, e os administrativos, que delas exorbitam e cujas regras são praticamente ditadas pela jurisprudência.

José Cretella Jr., no v. III de seu *Tratado de Direito Administrativo*, Rev. For., Rio, 1967, faz ver, à p. 40 e segs., que o contrato administrativo, cuja importância cada vez maior ressalta, nada mais é do que uma espécie do gênero contrato de direito público: "é um contrato de direito público, em matéria administrativa, no qual figura a administração como parte interessada", regido por normas especiais do direito administrativo e só, supletivamente, por normas do direito privado.

Mas o Poder Público, quando contrata, não pode jamais colocar-se no lugar estritamente competitivo em que se situam os particulares, muito menos prevalecer-se da força que sua própria posição lhe concede para tripudiar sobre a outra parte contratante.

Encarnação da própria justiça, não tendo interesses egoísticos a defender, liberto da obsessão do lucro e da vantagem, não objetivando senão o interesse da coletividade, ninguém melhor do que ele para pautar seus atos através de um padrão de equilíbrio, moral, sensatez, eqüidade.

Flaminio Franchini, *Pubblico e privato nei contratti della pubblica amministrazione, in Studi in memoria di Guido Zanobini*, Milano, Giuffrè, 1965, v. 1, p. 411-449, teve oportunidade de encarecer que à entidade pública incumbe uma obrigação de probidade e de lealdade comercial, ainda mais acentuada pela sua própria natureza, e até mesmo anterior à exata aplicação das normas que constituem o regime jurídico dos contratos da Administração Pública:

"La P. A. è innanzi tutto legata dalle stesse norme che le riconoscono poteri e diritti speciali e, quindi, una posizione de prevalenza nei confronti del privato contraente.

E l'impossibilità di rinunciare all'esercizio di questi diritti e a questa sua posizione di superiorità le deriva dalle stesso obbligo che essa ha di perseguire i propri scopi."

Essa particularidade não escapou ao espírito arguto do mestre do Largo de São Francisco, que consignou, expressivamente:

"Quando se trata de uma certa categoria de contratos públicos, notadamente os de concessão de serviço público, a tendência geral é para a regulamentação legal, exercendo as normas legais uma influência preponderante nas estipulações contratuais e na sua execução. Prazos, condições de encampação, reversão, etc., constituem matéria estranha ao consenso das partes, pois que se acham prefixadas em lei. Não resta, portanto, às partes interessadas, senão sujeitar-se às normas legais, embora sejam essas condições inerentes ao próprio conteúdo do contrato, em sua expressão primitiva e tradicional."

Mostra então que, enquanto nos contratos de direito privado, na maioria das vezes equivalem-se as vontades das partes, o que individualiza o contrato administrativo é precisamente a preponderância da vontade do estado, que tira a paridade inerente à natureza dos atos jurídicos bilaterais privados, caracterizando, assim, uma imposição do serviço público.

Por toda parte, através de dispositivos legais explícitos, é hoje reconhecida essa harmonia imanente que deve haver entre os atos praticados pelo Poder Público, nas relações de natureza contratual que mantém com os particulares, e os princípios fundamentais de ordem, de moral, de conduta exemplar de que ele deve ser um paradigma.

Felipe Clemente de Diego, em seus *Dictámenes jurídicos*, t. 2, Obligaciones y contratos, Bosch, Barcelona, 1968, p. 167, dá notícia do decreto-lei de 14.10.26, ampliando os casos de suspensão e inexecução de sentenças àqueles em que o Conselho de Ministros considere "que a resolução administrativa revogada ou modificada pela sentença foi ditada com o fim de moralizar a Administração, ou bem separando de seus cargos ou suspendendo deles funcionários que a prejudicaram por descumprimento, descuido ou infração de seus deveres, ou nomeando livremente para eles os que julgam mais aptos, ou bem evitando que se dê uma interpretação abusiva às cláusulas dos contratos administrativos anteriores e que contra o espírito moralizador expressado, sirvam-se interesses notoriamente prejudiciais à Administração".

Acrescenta pouco adiante que a lei diz terminantemente que não poderão suspender-se nem declarar-se inexe-

cutáveis as sentenças por causa de impossibilidade material ou legal de executá-las, mas não nega que possam aparecer casos dessa espécie, em que seja impossível física ou legalmente a sua execução. Declara, por isso, que se se oferecerem, serão submetidos, pelo Ministro ou pela autoridade administrativa a que digam respeito, ao Tribunal respectivo, a fim de que, com audiência das partes e em trâmite de execução de sentença, combine-se a forma de levar a efeito o julgamento, ou mandando executá-lo, com remoção das dificuldades que se apresentarem, ou então fixando, se tais dificuldades forem irredutíveis, a indenização que por tal razão se deva abonar ao que tenha obtido o julgamento.

Não se compreende, na verdade, um ato da administração pública tergiversando na aplicação das normas da aplicação do direito da mesma forma como não é admissível que um pregador de moral venha a cometer imoralidades, nem que um magistrado, na sua vida particular, venha a ludibriar as pessoas com as quais mantenha contatos, nem que um monarca se aproveite de circunstâncias para surripiar alguns centavos aos fornecedores da casa real.

Deve, em todas as manifestações do seu comportamento, lançando normas de conduta-padrão, de conduta exemplar, evitar contradições e antagonismos, numa linha de comportamento que não sofra hiatos, irradiando retidão da mesma forma que o sol difunde luz e calor.

Algum desvio nessa conduta podia, já não dizemos ser admitido, mas ao menos ser compreendido quando, no passado, qualificavam-se os atos da administração pública de direito privado como *atos de gestão*, em contraposição aos atos de autoridade, chamados *atos de império*, com fundamento na opinião, de há muito superada, da dupla personalidade do estado, tendo-se como certo que ele efetuava os atos de gestão na qualidade de fisco com personalidade jurídica privada, ao passo que realizava os atos de autoridade como pessoa jurídica pública.

A observação é de Pietro Virga, *I contratti della pubblica amministrazione*, Edizione Universitarie, Palermo, 1960, que logo em seguida acrescenta:

"Hoje, ao invés, é universalmente reconhecido que única é a personalidade jurídica do estado, o qual se coloca como ponto de atribuição de direitos, de poderes e de obrigações e, portanto, a distinção poderá, quando muito, referir-se a diferente capacidade que o estado tem no setor do direito público e no setor do direito privado.

Aos fins da qualificação de um determinado ato realizado por órgãos da Administração Pública como ato privado ou público, é decisivo o critério deduzido da natureza da faculdade que é exercida. Será privado o ato que comporte o exercício dos direitos subjetivos numa das quatro faculdades típicas dos mesmos (gozo, disposição, pretensão, escolha), será público aquele que tenha sido emanado no exercício de um poder público."

A atividade de direito privado da administração pública é submetida às normas gerais do direito civil, reconhece na p. 7, mas delas se separa substancialmente sob três diferentes perfis:

a) *pela determinação da vontade negocial*, que, relativamente ao particular, não é disciplinada pelo ornamento. Este se preocupa apenas em que a determinação da vontade esteja isenta de vícios e revestida da forma essencial eventualmente necessária, ao passo que a determinação da vontade da administração pública é minuciosamente disciplinada pelas normas de direito público;

b) *por alguns desvios do regime privatístico;*

c) *pelos eventuais poderes de caráter publicístico* que são reconhecidos à administração pública na relação de direito privado.

Aponta então os *limites* precisos, inerentes à própria natureza das entida-

des públicas e às suas finalidades, que encontra a atividade de direito privado por elas desenvolvida:

1) *inadmissibilidade de transações que pressupõem uma pessoa física;*

2) *aderência à finalidade*, daí decorrendo a invalidade daqueles negócios jurídicos realizados com finalidades estranhas ao objetivo da entidade;

3) *atuação da finalidade*: são vedadas todas as atividades privadas que possam comprometer o alcance dos objetivos da pessoa jurídica.

A resposta ao quesito é, pois, no sentido de que, sem embargo das características peculiares aos contratos administrativos, atendidos os preceitos de probidade e de lealdade a que está jungido o Poder Público, e até mesmo de coerência com as próprias disposições legais, não pode exorbitar das suas atribuições, emprestando, com exceção das peculiaridades já apontadas, sentido diferente às cláusulas usuais nos contratos entre pessoas de direito privado.

## EQUILÍBRIO CONTRATUAL. RECIPROCIDADE DE DIREITOS E DE OBRIGAÇÕES

"2. *Ainda nesse particular, o contrato em tela, estabelecendo na cláusala IV — Rescisão de Contrato — somente infrações pertinentes à Construtora, implica tornar a Prefeitura imune de ser declarada transgresora, em qualquer circunstância?*"

A cláusula IV do Contrato de Execução de Obras, sem prever nenhuma a cargo da Prefeitura, enuncia sete hipóteses de resilição contratual de responsabilidade da Construtora:

1) transferência, no todo ou em parte, sem consentimento expresso da Prefeitura;

2) não-início dos serviços contratados dentro do prazo de 20 dias a contar da data da ordem correspondente;

3) interrupção da maior parte dos trabalhos por mais de 15 dias consecutivos;

4) infrações reiteradas após a aplicação das multas previstas na cláusula VI;

5) falência, concordata ou manifesta impossibilidade por parte da contratante de cumprir regularmente as obrigações assumidas no contrato;

6) inobservância do programa previsto após notificação de recuperação do atraso não cumprida;

7) ocorrência de outros fatos considerados como suficientes para caracterizar a rescisão, a juízo da Prefeitura.

Com exclusão da primeira, todas as demais eventualidades dariam aso à rescisão de pleno direito, independentemente de interpelação judicial, e em todas elas perderia a contratante, em benefício da Prefeitura, as cauções depositadas, sem direito a qualquer indenização.

E sobre as eventuais infrações por parte da Prefeitura Municipal? Nem uma palavra, nem um aceno; silêncio sepulcral do contrato.

Pelo contrário, como se verá adiante, numa cláusula das mais absurdas, pretende que até mesmo a ocorrência de caso fortuito ou força maior não libertaria o empreiteiro de sua obrigação. A Municipalidade nesse caso, limitar-se-ia a contemplá-lo afogando-se na lagoa rasa de uma linha datilografada... Ora, isso sem sombra de dúvida, contravém a um princípio basilar de todos os contratos, inclusive, pois, aqueles de natureza administrativa, do equilíbrio das partes, principalmente sob o aspecto econômico.

Ainda que não se possa deixar de reconhecer, em tese, a preponderância das forças em prol do Poder Público, manifestando-se excepcionalmente em algumas cláusulas de suas estipulações, ninguém poderá, conscientemente, pretender que um contrato possa acarretar a ruína econômica de uma das partes, por uma questão de mera obstinação da outra.

O código civil italiano, procurando atender aos reclamos da doutrina em

prol da correção legislativa das distorções a que o predomínio de uma das partes possa levar a outra, tem um dispositivo bem expressivo:

"*Art. 1.341* (*Condições gerais do contrato*). As condições gerais do contrato impostas por um dos contraentes, são eficazes perante o outro se, no momento da conclusão do contrato, este as conhecia ou devia conhecer usando a diligência ordinária.

Em qualquer caso não têm efeito, se não forem especificamente aprovadas por escrito, as condições que estabelecem, a favor daquele que as impõe, limitações de responsabilidade, faculdade de desistir do contrato ou de suspender a sua execução, ou, então, estatuem, a cargo do outro contraente, decadências, limitações à faculdade de opor exceções, restrições à liberdade contratual nas relações com terceiros, prorrogação tácita ou renovação do contrato, cláusulas compromissórias ou derrogações da competência da autoridade judiciária."

Aplicar-se-á o dispositivo nos contratos concluídos pela Administração Pública?

Mais segura do que a jurisprudência, a doutrina italiana responde pela afirmativa. É a opinião sustentada por Emilio Betti, *Se ai contratti conclusi con la pubblica amministrazione siano applicabili le garanzie richieste dall'art. 1.341 Cod. Civ.", in Studi in memoria di Lorenzo Mossa,* Padua, Cedam, 1961, p. 125-129, citando no mesmo sentido, entre os mais recentes, G. Miele, G. Crisei e E. Cannada-Brasil. Demonstra que na conclusão dos contratos de adesão não prevalece o rigoroso critério da auto-responsabilidade, para deduzir, do simples fato da subscrição, o conhecimento por parte do aderente das condições gerais unilateralmente estabelecidas pelo proponente, mas exige o conhecimento efetivo das mesmas.

Encarece não ser necessário dramatizar *ratio iuris*, nem fazer pesquisas no plano sociológico, identificando-a na proteção do "contratante mais fraco", ou da boa-fé entendida como lealdade de tratamento com a exigência de obviar os possíveis abusos decorrentes de uma predisposição unilateral das condições contratuais:

"A *ratio* deve ser procurada na *garantia de liberdade* que se quer garantir à manifestação da *autonomia privada*, quando seja, não chamada a debater as condições do contrato mas colocada frente a condições gerais de contrato estabelecidas unilateralmente pelo proponente com a pretensão de vê-las aceitas como foram redigidas, ou repeli-las. Trata-se de garantir ao outro contraente a possibilidade de consentir com arranjo de interesses que corresponda ao seu juízo de conveniência uma ou outra cláusula assentada unilateralmente pelo proponente: avaliação de que tanto mais se sentiu a exigência quando se trate de cláusulas onerosas."

Acrescenta que as condições onerosas, com relação às quais a lei visa a garantir ao aderente a posibilidade de uma apreciação de conveniência, constituem sempre, em maior ou menor medida, derrogações de normas gerais ou de princípios de direito que, na ausência de uma derrogação, deveriam encontrar aplicação na relação obrigatória constituída entre os contratantes. "Se a lei se abstém de conferir àquelas normas ou àqueles princípios caráter inderrogável e consente à autonomia privada a possibilidade de adotar um regulamento diferente, é lógico que se exija das partes uma tomada de posição, unívoca, consciente dessa deformidade, permanecendo elas livres para determinar o arranjo de interesses que lhes pareça mais conveniente".

Alcançando o ponto essencial, indaga se, da mesma forma que é possível admitir à autonomia privada, limitadamente, a possibilidade de derrogar aquelas normas ou aqueles princípios, será lícito também, a outras funções em amplo sentido normativas, proceder dessa forma.

Responde negativamente, "perchè fra le due situazioni non vi è analogia", chegando, assim, na conformidade da lógica dos princípios, à solução de que mesmo aos contratos concluídos com a administração pública sejam aplicáveis as garantias exigidas por aquele dispositivo do código peninsular.

"O desempenho unilateral de função normativa por parte de uma instância em posição subordinada à lei não tem poder de derrogar a uma disciplina legislativa, quando a derrogabilidade seja permitida à manifestação bilateral e consensual da autonomia privada. A garantia de uma específica, unívoca aprovação por escrito de condições onerosas, emanadas em derrogação a normas gerias e princípios de direito, é exigida por uma norma que tem força impositiva tanto para a autonomia privada como para fontes de direito subordinadas, quais sejam os regulamentos e os costumes não reclamados pela lei, uma vez que estas fontes são obrigadas a adaptar-se ao preceito de lei que exige aquela garantia... A observação de que tais fontes também sejam produtoras de normas é exato, mas não concludente: decisiva é a consideração que tais normas são de *ordem subordinada*, e portanto, onde ocorram os elementos, elas se submetem plenamente à norma geral do direito comum enunciada no artigo 1.341 do Código Civil."

Acórdão de 30.5.56, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. *in* Revista do Tribunal de Justiça, Natal, v. 12-16, p. 180-196, discutiu amplamente a matéria, tendo tido oportunidade o Desembargador Zacarias Cunha de sustentar, sem tibieza, o princípio da equiparação dos poderes públicos aos particulares, no terreno contratual, sujeitando-se às regras do direito comum. Lembrou a lição de J. Guimarães Menegale, *Direito administrativo*, 1939, t. 2, p. 212:

"Aprovada a concorrência, a autoridade competente, em ato administrativo, indica a proposta preferida e convida o proponente a assinar o contrato, lavrado em livros administrativos ou em notas de tabelião, conforme a natureza dele, e o contrato começa a existir, a produzir seus efeitos jurídicos, desde que o consentimento de uma parte se junte ao da outra parte. Numa palavra: a partir do ato da assinatura."

Ressalta que o equilíbrio decorrente da bilateralidade da convenção, que embeleza e valoriza a sua força, confunde os que pretendem desatendê-la, e repete conceitos de Hahnemann Guimarães, num ensaio publicado na *Rev. For.*, v. 97, p. 290, lembrando que o estado se vincula a um contrato tanto quanto o outro contratante, assim como reproduz, no mesmo sentido, a lição de Francisco Campos, *Direito Administrativo*, p. 176:

"Uma vez efetuada a concessão, o poder público fica vinculado às suas cláusulas com a mesma força, o mesmo vigor e a mesma obrigatoriedade que o concessionário, assim como este não podendo faltar impunemente ao estipulado",

rematando:

"O encontro de duas vontades não é múmia jurídica, senão fórmula viva do direito das obrigações. O poder de rescindir pela vontade unilateral de uma das partes é nenhum, nos contratos em que a administração pública cede um imóvel de seu domínio privado, como no caso, para o particular realizar um serviço especial. Aquele que aí se obrigou impôs uma restrição à sua liberdade. Desfigura-se o predomínio do individualismo da vontade unilateral.

Poder-se-á operar, pois, a rescisão dos contratos bilaterais, quando, para isso, não se dirigir a vontade de todos os contratantes, em juízo, onde de certo se estenderá ao inadimplente a sanção de indenizar equivalentemente e na proporção do desfazimento dos laços jurídicos."

Entre nós, o princípio do equilíbrio financeiro, mais do que equilíbrio, re-

conhecimento de que o empresário merece e deve mesmo receber uma remuneração que lhe permita melhorar diuturnamente seu aparelhamento, tem força de antiga tradição constitucional. Assim, a Carta de 17.10.69, repetindo o que já continham as anteriores, determina, no art. 167, que a lei disponha sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo:

"I — obrigação de manter serviço adequado;

II — tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato; e

III — fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior."

Não podia ser mais explícita a intenção de beneficiar os concessionários de serviços públicos, objetivando melhorar e expandir sua prestação.

Invocando a lição de Lentini, *La giustizia amministrativa*, de acordo com a qual corre, assim, entre a norma jurídica e a vontade individual o nexo de causalidade, de que resulta, para os concessionários, o direito subjetivo à revisão das tarifas como expediente para se lhes proporcionar a justa retribuição do capital, faz ver J. Guimarães Menegale, em parecer de 30.11.58, publicado na *Rev. de Dir. Admin.*, v. 23, 1951, p. 312-324, fundar-se aí um princípio que se insere, por sua própria força, nos contratos de concessão, por concluir ou já em vigor, sem necessidade de convenção expressa, nada improtando que não se haja votado, até hoje, a lei própria:

"É mister que se coíba de vez, entre nós, o vezo de responsáveis pela Administração Pública de afrontar o império dos princípios constitucionais, sob o pretexto, desrespeitoso e ridículo, de falta de regulamentação."

Caio Tácito num aprofundado e fundamentado estudo: *O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público*, *in Rev. de Dir. Adm.*, Rio, v. 63, Jan.-março 1961, p. 1-15, partindo da verificação de A. de Laubadère, que identifica na concessão de serviço público, como nos contratos administrativos em geral,

"la clause capitale, expresse ou tacite, de l'équilibre financier ou équation financière du contrat",

consigna que sempre que, se

"por ato próprio da administração concedente, ou por outras causas gerais, inclusive de ordem econômica, a estrutura financeira da concessão for subsancialmente abalada, nasce para o concessionário a exigibilidade do direito ao reequilíbrio da economia do contrato, de modo a subsistir a equivalência entre as prestações, conforme a comum intenção das partes.

A álea *ordinária* fica a inteiro cargo do concessionário, que não se pode eximir do risco voluntariamente assumido. Na ocorrência, porém, de um ônus imprevisível, ou da atribuição unilateral de novos serviços, cumpre ao estado absorver ou partilhar dessa álea *extraordinária*, não somente por um princípio de eqüidade como pelo interesse público na manutenção do serviço, dependente da estabilidade financeira do concessionário".

Fundamentado na melhor doutrina francesa, mostra que o equilíbrio financeiro do contrato é, na expressão de Marcel Waline, um "direito fundamental" de quantos pactuam com o estado, ou, segundo De Soto, uma "norma fundamental da teoria dos contratos administrativos", visando sobretudo à correlação entre os encargos e a remuneração correspondente, de acordo com o espírito lucrativo, que é elementar aos contratos administrativos e, especialmente, à concessão do serviço público.

Num ror de citações, demonstra o notável Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro não terem um valor absoluto, e sim de relação, as obrigações recíprocas que

figuram no ato de concessão: entre elas estabelece-se uma determinada relação, e é essa relação que deve ser mantida.

Culmina com a invocação do aresto de 21.3.1910 do Conselho de Estado, em que Léon Blum, como Comissário do Governo, note-se bem, do Governo, lançou a famosa parêmia, ainda hoje de trânsito usual na doutrina, da *equivalence honnête* entre as obrigações e direitos do concessionário:

"As vantagens consentidas ao concessionário e os encargos que lhe são impostos devem balançar-se de modo a formar a contrapartida dos benefícios prováveis e das perdas previstas. Em todo contrato de concessão fica assim implícita, como um cálculo, a equivalência honesta entre o que é concedido ao concessionário e o que lhe é exigido. E este cálculo de equivalência é essencial ao contrato, embora seja estranho à sua constituição jurídica, e embora não altere a sua natureza, pela razão que ele constitui a base, o fundamento mesmo, do acordo de consentimento",

abrindo mesmo para o concessionário o fato de se tornar instável o equilíbrio obrigacional,

"un droit à indemnité, ou, plus exactement, le droit de réclamer un supplément de rémunération".

Com o testemunho de Jean Rivero, "no mais recente manual sobre a disciplina", *Droit administratif*, 1960, página 428, faz ver que

"Fora das cláusulas formais, o concessionário pode prevalecer-se do princípio do *equilíbrio financeiro do contrato*. Comum a todos os contratos administrativos, este princípio desempenha na concessão, considerando sua longa duração, um papel essencial."

Encarece que o endereço originário visou a compensar a admissão de outro princípio correlato, crismado por Pequignot de "mutabilidade" do contrato administrativo, que, em oposição à imutabilidade dos contratos de direito privado, consiste em reconhecer a supremacia da Administração, quanto à faculdade de inovar, unilateralmente, as normas do serviço, adaptando as estipulações contratuais às novas necessidades e conveniências públicas, reproduzindo o ensinamento de Duguit, que, *sans hésiter*, reconhece o direito de o estado modificar as condições de exploração do serviço concedido, consignando que

"os órgãos públicos estão antes de mais nada encarregados de garantir o funcionamento dos serviços nas melhores condições possíveis; e têm conseqüentemente, não somente o poder, mas o dever de intervir para realizar todas as modificações necessárias ao bom funcionamento do serviço, seja ele concedido ou não".

Também João de Melo Machado, *Teoria jurídica do contrato administrativo*, Coimbra Editora, Coimbra, s/d, disserta a respeito do *equilíbrio financeiro do contrato*, mostrando que em todos os contratos administrativos passa-se simplesmente isto:

"obriga-se o particular a efetuar certas prestações, ou as que a administração vier a fixar; obriga-se a administração, por seu lado, a manter um certo equilíbrio entre o que pede ao cocontratante, e o que lhe paga".

E cita a observação de Comte, em relação às concessões: sua parte regulamentar não exclui uma armadura contratual que se lhe sobrepõe; uma certa regulamentação não pode ser objeto de contrato, por entrar nas atribuições irrenunciáveis da administração, mas pode sê-lo a garantia dum equilíbrio entre as receitas e despesas da exploração.

Não será portanto pelo fato de não ter sido prevista no contrato nenhuma infração a cargo da Prefeitura que irá deixar-se de rescindir um contrato de cujas cláusulas ela mesma resulte violadora, aplicando-se-lhe as sanções pertinentes, como a qualquer outro trânsfuga das disposições legais ou contratuais. Temos aí uma expressão de equi-

líbrio contratual, em perfeita correspondência à harmonia e equilíbrio legal.

## RESPONSABILIDADE CONTRATUAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

"3. *Pelo contrato em referência, na hipótese do descumprimento de suas obrigações contratuais, como ocorre no caso, não responderá a Prefeitura pelo inadimplemento, mesmo dando causa dos eventos, omitindo-se na prossecução da execução contratual e recusando-se, até, a uma rescisão contratual como foi proposto?*"

Não há razão alguma para não admitir a responsabilidade contratual do Poder Público quando, firmado o compromisso, der margem, por ação, omissão, falta de cuidado, etc., à impossibilidade do seu cumprimento.

Na hipótese, antes de contratar, antes de entrar em entendimentos, antes de publicar os editais de concorrência pública, a mais elementar prudência estava a indicar a obrigação da Prefeitura de verificar se era seu o terreno em que pretendia levantar a edificação.

Mesmo que não tivesse subscrito o contrato, sua responsabilidade pré-contratual estaria fatalmente implicada, uma vez provados os danos, o trabalho inutilmente acarretado, despesas com planificações e projetos, prospecções, concorrência, contratos, cauções, vinculações de equipamentos, etc.

Assinada a avença, surge nítida a figura da responsabilidade contratual, sob o duplo aspecto, *positivo*, pelo reembolso dessas mesmas despesas, das diretas na obra, como serviços topográricos, escavações, etc., e *negativo*, uma vez que o contrato representa elemento do ativo do patrimônio da firma construtora, não só pela retribuição do trabalho que iria efetuar, como ainda porque outros serviços poderiam ter sido desenvolvidos, em substituição aos compromissados, se tivessem podido ser planejados com a necessária antecedência, e, finalmente, por resultar impedida de participar de outras concorrências.

Confrontando, de característica em característica, a noção clássica de contrato com a das convenções públicas, chega o mencionado João de Melo Machado, em sua valiosa tese de concurso, à conclusão de que o contrato administrativo deve ser considerado como contrato, em que o particular fica *estritamente obrigado* às prestações que a administração vier a exigir e esta última fica *estritamente obrigada* a garantir um certo resultado financeiro.

Ermanno Pianesi, *Le Condizioni Generali nei Contratti degli Enti Pubblici*, Giuffrè, 1966, tece considerações a respeito da dificilmente definível linha de demarcação entre o ordenamento de fonte privada e o de fonte pública, entre e direito privado e o público.

Todo ato administrativo é assistido pela presunção de legitimidade, salvo na hipótese de uma verificação, por parte do Juiz, de sua não-conformidade com a lei.

Reconhece que semelhantes considerações poderiam parecer determinantes para justificar a observância por parte do particular das cláusulas onerosas previstas no regulamento, sem qualquer necessidade da sua aprovação específica por escrito. Recomenda que não se esqueça que o contrato concluído pela Administração Pública com o particular permanece disciplinado pelas regras determinadas pelo direito privado no que diz respeito aos requisitos, à validade, aos efeitos do negócio e dos meios de proteção.

E, chegando ao ponto:

"Pelo que diz respeito à atuação coativa do negócio, é igualmente tranqüilo que ela não fica no disponibilidade da Administração Pública, que não pode certamente prevalecer-se para esse fato do seu poder de autoproteção. A presunção de legitimidade dos atos administrativos é privilégio unicamente dos atos da Administração, isto é, dos atos negociais de caráter unilateral. O

que precede encontra fundamento no fato de que somente a Administração Pública, pelas suas finalidades, pela sua organização, pela sua posição no ordenamento, oferece as garantias necessárias para tão grave derrogação aos princípios comuns.

Quando o negócio levado a efeito pela Administração Pública tem a característica de negócio bilateral ou plurilateral com a participação de sujeitos privados, cai a proteção da autotutela. O ato não é mais somente da Administração e, além disso, a presença de um participante particular ... está a indicar que o ato realizado vai satisfazer, de algum modo, também um interesse particular."

De semelhantes premissas decorre uma conseqüência inevitável: a responsabilidade contratual da administração pública, amplamente reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência, tanto pátrias como alienígenas.

Se a Administração ou seu co-contratante não executam todas as obrigações que subscreveram contratualmente nem seguem as modalidades contratualmente estipuladas — teve oportunidade de consignar G. Pequignot, *Les contrats administratifs*, Librairies Techniques, Paris, 1954, fasc. 8, p. 11 — sua responsabilidade contratual pode ser verificada.

Apresenta, para que ela fique efetivamente empenhada, duas condições que na hipótese estão nitidamente caracterizadas.

1. *Culpa* — "Il faut, d'abord, que l'inexécution soit fautive".

E consigna dever-se normalmente entender por culpa contratual toda falta a uma obrigação resultante de um contrato, só podendo o caráter culposo da falta ser cancelado ou escusado por fatos justificativos.

Basta afirmar simplesmente a necessidade do caráter culposo do erro, para que a responsabilidade possa ser empenhada.

Como diagnosticar o caráter culposo da falta? Aparecerá — prossegue — no que contravenha à comum intenção das partes contratantes. "A culpa contratual e, eventualmente, a culpa delitual parecem constituir os fundamentos exclusivos da concessão de uma indenização nessa matéria: tratando-se de execução de um contrato, a teoria de enriquecimento sem causa não pode encontrar aqui seu lugar".

2. *Prejuízo* — O segundo elemento é o prejuízo causado pela inexecução, regra que, como demonstra citando jurisprudência do Conselho de Estado francês, aplica-se tanto à Administração como ao particular que com ela contrata.

E os três requisitos que aponta para a caracterização do dano também estão, sem dúvida alguma, bem definidos no caso da consulta: é certo, é especial e é avaliável em dinheiro.

De nada vale, como ficou muito bem frisado na réplica, a invocação do artigo 120 do Código Civil, sob alegação de não ter havido malícia por parte da Administração Pública.

A culpa, no caso, por não ter tido a Prefeitura o bom senso necessário para a resilição de um contrato cujo cumprimeito era, como ainda é hoje, absolutamente impossível, é tão grave que se equipara a dolo.

Mas, de qualquer maneira, pouco interessa: como está dito a fls. 107 dos autos da ação, na espécie, trata-se simplesmente de inadimplemento contratual por parte da Municipalidade, levando a autora a uma interminável espera, com a recusa de sua oferta de rescisão amigável, mesmo depois de judicialmente interpelada, embora tivesse determinado a suspensão do início das obras, visto não estar de posse do terreno onde seria feita a construção da garagem.

Dos documentos de fls. 73, 74 e 75, resulta efetivamente que quando contratou e ordenou o início das obras já sabia que não estava de posse do imóvel.

Respondo, pois, ao quesito: em virtude do descumprimento de suas mais

elementares obrigações contratuais, deve a Prefeitura responder por todas as conseqüências, provados como estão os dois elementos fundamentais da responsabilidade contratual: a culpa e o prejuízo. Não pode a concessionária ficar indefinidamente à disposição dos caprichos e da má vontade dos funcionários municipais.

## IMPOSSIBILIDADE DA PRESTAÇÃO POR PARTE DO PODER PÚBLICO. CONSEQÜÊNCIAS

"4. *A Prefeitura, alegando a impossibilidade da prestação, porque sendo os terrenos de posse do Estado, não pode expropriá-los, pretender resolver o contrato consoante o disposto no artigo 1.091, combinado com o art. 879, primeira parte, do Código Civil. É aceitável a escusa?*"

Não se percebe como possa pretender a Prefeitura escudar-se em qualquer dos dispositivos, que, longe de socorrê-la na posição absurda em que ela se colocou, só podem servir de fundamento para o reconhecimento da sua absoluta falta de razão.

Pelo primeiro, a impossibilidade da prestação não invalida o contrato, sendo relativa, ou cessando antes de realizada a condição.

Considera, pois, hipótese de não-invalidade do contrato, em se tratando de impossibilidade relativa, enquanto que o segundo diz respeito a prestação que se tornou absolutamente impossível.

Mas a verdade é que apenas o artigo 879 tem aplicação à hipótese, pois a prestação não é relativa, mas absolutamente impossível. Com a circunstância de ser aplicável não à primeira parte, como quer a Municipalidade, mas à segunda, sobre a qual, exatamente, repousará a condenação às perdas e danos, tão inegável é a "culpa do devedor".

Resulta com toda clareza da carta de 19.2.70, enviada, note-se bem, no dia seguinte ao da autorização de iniciar as obras, pela Construtora Beter S.A., que as áreas necessárias à construção não haviam sido ainda liberadas.

O que não permitia completar o projeto estrutural era a impossibilidade de levantamento topográfico de fundações na área do Departamento Estadual de Estradas de Rodagem, uma vez que este não consentiu na realização do mesmo.

O engenheiro assessor Ciro Ribeiro Pereira, como resulta do doc. n.º 9, "foi quem compreendeu a situação, rendendo-se à evidência que não podia ser elidida com sofismas e encaminhando, em poucas e sensatas palavras, as únicas sensatas emitidas por alguém subordinado à Prefeitura na inteira questão, a solução viável:

"Solicito decisão da chefia sobre o exposto, uma vez que sou de parecer que a firma também nada pode executar, em virtude das desapropriações não estarem feitas."

Chegou a Prefeitura a reconhecer a procedência das alegações, tanto assim que suspendeu a ordem de início expedida, e informou estar estudando a rescisão do contrato.

Não prevaleceu, no entanto, a circunspecção, a solução razoável, aquela pela qual desde o primeiro momento vinha se batendo a Construtora, e o Sr. Secretário das Obras, não convenientemente aconselhado, acabou por recusar a proposta de recisão amigável.

Constrangidamente embora, vendo já decorrido um ano e meio, viu-se a Construtora obrigada a interpelar judicialmente a Prefeitura Municipal, na esperança de demovê-la de tão injustificável atitude.

Malograda essa última esperança, não teve outro remédio senão mover ação de rescisão de contrato, para pôr fim a uma situação que tantas contrariedades e tanto prejuízo lhe estavam ocasionando.

Fê-lo, no entanto, nos termos mais razoáveis, deixando a solução final a

arbítrio da Prefeitura, pedindo apenas fossem ressalvadas a seu favor as cominações constantes do item 7 da interpelação judicial.

Isto é, pediu, em resumo, que se reconhecesse que o atraso das obras era devido a culpa exclusiva da Prefeitura, o que implicava uma reformulação contratual, cabendo ao Poder Público resolver se interessava ou não a execução das mesmas, mediante, é claro, revisão dos preços e prazos contratuais.

Na segunda eventualidade a própria Prefeitura é que deveria providenciar a rescisão do contrato, respondendo pelo sua inexecução e mora, devolvendo o valor da caução, respondendo pela multa contratual no valor de Cr$ .... 180.000,00, acrescida das multas mencionadas nos itens 1, 2, 3, 4 e 5 da cláusula VI do contrato, isto é, Cr$ 9.000,00 por dia de atraso no início das obras até o máximo de 15 dias, após os quais considerar-se-ia rescindido o contrato; Cr$ 9.000,00 por interrupção superior a cinco dias ou por desobediência do cronograma estabelecido; Cr$ 9.000,00 pelo atraso na conclusão das obras por dia de atraso; Cr$ .... 9.000,00 por dia de atraso na apresentação do cronograma; Cr$ 180.000,00 pelo não cumprimento de quaisquer outras cláusulas do contrato.

Pois como explica a Prefeitura a sua atuação no caso? Com tanta simplicidade que admite que somente ao ser alertada pela autora é que passou a manter entendimentos com o Governo do Estado e em decorrência das dificuldades surgidas para a obtenção do terreno, cancelou as notas de empenho prévio.

Faz um relato, com a maior das displicências, das dificuldades burocráticas e conclui peremptoriamente que ... "não poderá ser modificada a cláusula XI do contrato. A modificação do preço do aço ... só poderá ser examinada após a aprovação do novo cronograma da obra".

O cronograma não poderia ser nem sequer esboçado enquanto não fosse entregue o terreno, para que se pudessem determinar as fundações ali existentes, permitindo à Prefeitura elaborar o projeto estrutural, o que não ocorreu por culpa exclusiva desta, que antes de publicar os editais de concorrência pública deveria ter averiguado se eram de sua propriedade, mas não quer nem ao menos examinar a possibilidade de modificações do preço do aço, enquanto não aprovar o novo cronograma.

Explica, em seguida, com ar doutoral, que o Município não pode expropriar bens do Estado, para chegar à conclusão de que a impossibilidade da prestação resolve o contrato. Mas então a impossibilidade é absoluta, e não relativa, ela mesma afastando a aplicabilidade do disposto no art. 879 do Código Civil, pelo qual tanto se havia batido...

E se a impossibilidade da prestação resolve o contrato, porque não reconhecê-lo amigavelmente, como tanto se havia empenhado a Construtora? Essa simples frase não antecipa a inteira procedência da ação?

Finge esquecer a Prefeitura que não deveria ter publicado os editais, convocando a vencedora da concorrência, determinado depositasse caução, diminuído as disponibilidades de executar outra sobras, estabelecido cláusulas e imposto condições a seu bel-prazer ao contrato finalmente subscrito, obrigando a deslocar pessoal, material, elaborar planos e mais planos, cronogramas e mais cronogramas, para esperar que a própria consulente fosse verificar *in loco* o logro tremendo em que caíra, na impossibilidade — absoluta, não relativa! — de levar adiante a tarefa de que havia sido incumbida.

Será que a Prefeitura não tem elementos para saber quais são seus imóveis nem mesmo no centro da cidade? E ainda que não os tivesse, não se lhe afigura da lógica mais elementar, an-

tes de realizar qualquer concorrência, antes de cogitar da lavratura de um contrato no valor de Cr$ 8.509.803,65, verificar sua exeqüibilidade?

Não resta dúvida de que agiu com tamanha dose de culpa contratual que se asemelha e aproxima do verdadeiro dolo. Não pode, nestas condições, com um simples dar de ombros livrar-se do incômodo, alegando que não lhe cabe culpa alguma e que a Prefeitura não pode desapropriar o Estado...

"Dada a impossibilidade jurídica de se obter o terreno e à exigência da autora, que reclamava novo prazo", — pondera a Municipalidade a fls. 72 — "com alteração do *quantum*, não pode ser imputada à ré a inexecução do contrato."

Sério? Não mesmo? E a quem mais? Não certamente à contratante, que pediu, insistiu, implorou, notificou, para finalmente, como não podia deixar de fazer, requerer em juízo a rescisão do compromisso.

Mas, como ficou demonstrado, foi ela, realmente, a única culpada por tudo quanto ocorreu. A rigor, seu procedimento não pode ser qualificado como caso fortuito — que, como indica sua derivação etimológica, de *fortuitus*, de *fors*, isto é, casual, acidental, ao azar, indica obra do acaso, imprevisão, acidente, o que não podia ser previsto e se mostra superior às possibilidades do homem, quando vem, para que possa ser evitado — pois a primeira providência da Municipalidade devia ter sido verificar de quem era a propriedade do terreno.

Também não seria caso de força maior: fato previsível, mas inevitável por ser mais forte do que a vontade ou a ação do homem.

Seria, talvez, "fato do príncipe", expressão bem adequada à posição assumida por certos funcionários que, talvez inadvertidamente, por uma questão de mal compreendido amor-próprio, não abrem mão do que presumem ser suas prerrogativas, quando, na verdade, não se rendendo à evidência dos fatos, causam os maiores dissabores, transtornos ao contratante, e, fatalmente, prejuízo vultosíssimo à Municipalidade, e, pois, à inteira coletividade.

Teríamos então esta indiscutível novidade: O "fato do príncipe" invocado ppelo... próprio "príncipe".

Os tratadistas modernos dão-lhe outra expressão, bem mais adequada: fato da Administração.

Gaston Jèze, *Princípios generales del derecho Administrativo*, Delpalma, Buenos Aires, 1950, v. 4, primeira parte, p. 288, assinala justificar-se a inobservância dos prazos fixados pelo contrato quando, *por um caso fortuito ou de força maior, ou pelo fato da Administração*, viu-se o contratante impossibilitado de cumprir sua obrigação no prazo combinado:

Quando uma destas circunstâncias produz-se (caso fortuito ou de força maior, fato da Administração) o empresário que não entrega dentro dos prazos não é responsável pelo atraso."

Lembra que até 1958 o Conselho de Estado só admitia essas justificativas quando tivessem sido expressamente previstas no contrato. No caso de inexecução, sem investigar a causa, reconhecia à Administração o direito de decidir a rescisão, o que era "injusto e errôneo", pois "ninguém está obrigado a realizar o impossível", princípio de eqüidade de alcance universal.

Quanto ao fato da Administração que acarreta, para o contratante, uma carga pecuniariamente mais onerosa, sublinha à p. 289, não é causa justificativa do atraso, desde que não influi nos prazos de execução.

Na hipótese em exame, é bem de ver, não se trata de um fato que ocasione mero atraso, mas que impossibilita, de vez, considerar-se a eventual execução, enquanto o caso não for resolvido pela Prefeitura.

E nela estão perfeitamente caracterizados os elementos que exige, à

p. 301, para que a alegação do fato da administração seja juridicamente aceita:

1) relação direta, estreita, com a obrigação do contratante e que tenha podido influir no atraso;

2) que tenha sido imprevisto e que tenha colocado o contratante na impossibilidade absoluta de cumprir dentro dos prazos.

Não podia, evidentemente, o professor da Faculdade de Direito da Universidade de Paris imaginar a situação de uma das mais importantes Prefeituras do mundo, fixando prazo para começo das obras, anterior à própria data do aviso e, além disso, impedindo, por culpa sua, que as obras tenham início, não reconhecendo o fato, exigindo um cumprimento que sabe perfeitamente ser impossível sem qualquer prorrogação de prazo e, ainda, por cima, não admitindo a resilição amigável do contrato.

Mas lembra cláusula de acordo com a qual "O empresário não poderá reclamar indenização alguma pelo atraso ou a perturbação que as dificuldades relativas à aquisição de terrenos possam ocasionar à execução das obras, consignando:

"Esta cláusula não significa que o empresário não poderá invocar a entrega tardia como causa justificativa de seu próprio atraso, seja qual for a data em que se lhe entreguem os terrenos. Isto se refere, unicamente, ao pagamento das perdas e danos que deve a Administração em razão do prejuízo causado pela imobilização do material do empresário."

Em conclusão: longe de ser aceitável uma escusa da Prefeitura, com base na primeira parte do art. 879 do Código Civil, é a segunda parte desse dispositivo que fatalmente constituirá a base da condenação às perdas e danos que ocasionou, tão flagrantemente certo tornou-se a prestação do fato impossível "por culpa do devedor".

## AS "CLÁUSULAS EXORBITANTES". FORÇA MAIOR. NÃO PODE SER INVOCADA POR QUEM, ANTES DE ASSINAR UM CONTRATO, NÃO VERIFICOU AS CONDIÇÕES MÍNIMAS DE SUA EXEQÜIBILIDADE

"5. *O fato de a Prefeitura ter autorizado o início das obras quando não estava sequer na posse dos terrenos onde deveria ser edificada a garagem 23 de maio torna-a isenta das obrigações contratuais, por motivo de força maior, ou por impossibilidade jurídica de a Prefeitura expropriar o Estado?*"

A estranha inversão de posições que os autos retratam denuncia o infrator pretendendo o apoio do Poder Judiciário para retirar vantagens do ato ilícito que cometeu, do faltoso arvorando-se em juiz da parte inocente.

Resulta à toda evidência a circunstância de terem os então responsáveis pelos destinos municipais determinado uma concorrência pública sem terem tomado as cautelas mais elementares para verificar a possibilidade de sua legalidade e de sua execução.

Se foi leviana a realização de uma concorrência pública destinada ao malogro, adjetivo mais forte será necessário procurar nos dicionários para para qualificar a autorização para o início de uma obra que, por invasão à propriedade alheia, poderia até mesmo envolver responsabilidade criminal.

Como qualificar uma cláusula nos moldes da de n.º XI do contrato, na parte em que pretende que

"A data de 17.2.71 é improrrogável para este efeito, mesmo quando haja motivos justos se força maior para justificar eventuais atrasos"?

A improrrogabilidade da data de 17.2.71 para efeito de entrega provisória das obras, "mesmo quando haja motivos justos de força maior para justificar eventuais atrasos", é, a mais não poder, cláusula abusiva e nula, revogadora, como se apresenta, de princípios fundamentais de ordem pública

que não podem ficar à mercê dos interessados.

Equivale a uma verdadeira cláusula de irresponsabilidade, exonerando a Municipalidade da obrigação de reparar os prejuízos causados por culpa sua.

O citado G. Pequignot mostra que os autores não admitem semelhante desvio: G. Jèze, *Principes généraux*, t. 5, p. 788, Laferrière, *Jurisdiction administrative*, t. 2, p. 146.

Da mesma forma que, como ensinam Jèze, *Contrats*, III, p. 1.104, e Laubadère, *Contrats administratifs*, II, p. 76, é nula por violadora da ordem pública uma cláusula geral de irresponsabilidade da Administração pelas faltas que ela pudesse cometer, porque equivaleria a uma condição puramente potestativa (Planiol, Ripert e Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil*, II, n.º 783), assim também não pode deixar de ser considerada sem validade a cláusula afastando o motivo de força maior.

Existe um certo ordenamento em direito privado — sublinha C. Himario, *Les clauses exorbitantes du droit commun dans les contrats administratifs*, Éditions Internationales, Paris, 1933, p. 71 — dentro de cujos limites movem-se os particulares que entrelaçam relações jurídicas.

"Si le contrat a pour objet de réduire la liberté des contractants, qui sans cela resterait intacte, encore cette liberté ne peut-elle pas être sacrifiée à l'infini et la legislation a tracé certaines limites infranchissables."

Aponta, como exemplos, a proibição de contratar com relação às coisas que estão fora de comércio, ou contratar serviços por duração indeterminada.

"Se o estado contraria essas regras por um contrato, dir-se-á que as cláusulas deste último são exorbitantes do direito comum, e definir-se-á quais sejam. As cláusulas impossíveis nas relações entre particulares, porque elas restringem sua liberdade de uma forma não sancionada, e mesmo proibida pelo Direito Civil."

Reconhece, à p. 74, existir a cláusula exorbitante, na conformidade de abundante jurisprudência que cita, em primeiro lugar quando a Administração se arroga direitos sobre seu co-contratante que um particular não poderia exercer, porque as leis e os regulamentos não o autorizam.

Em segundo lugar, quando as sujeições impostas a seu co-contratante excedem de muito aquelas que, de fato, se encontram nos contratos entre particulares, e que a Administração goza de um direito de execução prévio.

"No primeiro caso a Administração não poderá prejudicar a liberdade de um particular a não ser em virtude da lei. Esta alargará a competência da Administração ...

No segundo caso, a Administração poderá agir só e como quiser. É evidente, com efeito, que as cláusulas que poderiam ser empregadas por um particular poderão sê-lo e com mais forte razão pela Administração."

Como teve oportunidade de observar Léon Duguit, *Droit constitutionnel*, o direito positivo não é senão a norma social, verificada pelo legislador e colocada em regras pelo mesmo.

Desse verificação parte C. Himario para a observação de que, se os direitos não têm sua fonte na vontade do indivíduo, os do estado não poderão igualmente invocar uma vontade superior, pois tudo estando subordinado ao direito objetivo, a autonomia não prevalece nem para o estado nem para os indivíduos.

É a finalidade de serviço público que autoriza o estado a sacrificar a liberdade dos particulares nas sujeições a que estes ficam submetidos. O mesmo acontece com os contratos, que vinculam o estado como qualquer particular. "O contrato" — diz Duguit, *Les transformations du droit public* — "é um ato jurídico que tem o mesmo caráter em direito público e em direito privado, ou antes, não há qualquer dis-

tinção a fazer entre o direito público e o direito privado e o estado fica obrigado pelos contratos que ele subscreveu do mesmo modo que um simples particular".

A cláusula é inconciliável com a Constituição e nula por contrariar a ordem pública, não podendo ser acolhida por um tribunal civil, uma vez que contravém a ordem pública e os bons costumes.

Em *Extinction du contrat administratif et situations des tiers*, no referido Juris-Classeur, fasc. 515, 1968, aponta Jacques Georgel as causas *normais* de eqtinção do contrato: 1. termo e condição; 2. compensação; e, acessoriamente, 3. a prescrição, para em seguida versar as três causas que põem fim aos contratos de uma maneira *anormal*, isto é, sem que tenham sido previstas mediante regra geral por ocasião de sua conclusão: 1. força maior; 2. imprevisão; 3. culpa.

Quanto à *força maior*, é mais freqüentemente uma causa de suspensão do contrato do que uma causa de extinção. E com conceitos que se amoldam perfeitamente à espécie, pois não há cláusula contratual que possa obstar a incidência de um fato dessa natureza, observa que

"Elle n'éteint le contrat que si elle en rend l'exécution impossible. Alors évidemment il n'est pas question de surmonter la difficulté."

Conseqüentemente, não podendo um dos co-constratantes executá-la, a obrigação do outro perde a sua causa e desaparece.

No tocante à *imprevisão* cita jurisprudência admitindo a resolução do contrato quando ocorrer que o transtorno do mesmo apresente um caráter definitivo e irremediável.

"Para vencer as eventuais reticências dos contratantes, o juiz presume igualmente que ele pode prover a resolução de uma indenização, a ser suportada pela parte cuja intransigência impede a realização de um acordo amigável modificando as cláusulas do contrato a fim de tornar este último viável outra vez",

forçando, por essa forma, as partes a chegarem a um acordo amigável. Quando o desequilíbrio contratual é definitivo, não cabe mais o pagamento de uma indenização com base na imprevisão, mas o pronunciamento da resolução, salvo acordo.

Estabelece distinção entre as condições da força maior, em que é necessário um obstáculo insuperável que torne impossível a execução do contrato, e as da imprevisão, em que há que se contentar com um tumulto definitivo, tornando a execução normal mais onerosa do que as partes contratantes poderiam ter razoavelmente previsto.

É, no entanto, no tocante à *culpa acarretando resilição* que seus ensinamentos se tornam particularmente valiosos.

Sem estabelecer qualquer distinção entre particular e administração pública, consigna, inicialmente, que

"A falta de um co-contratante pode acarretar, a título de sanção, a ruptura do laço contratual. É necessário que a obrigação a cuja execução não satisfaz, seja importante. O regime jurídico da rescisão é diferente conforme a culpa tenha sido cometida pelo particular ou pela pessoa pública."

Insiste em que a rescisão, neste último caso, supõe uma culpa grave da administração, que caberá ao juiz considerar, levando em conta todas as circunstâncias de fato, devendo previamente o co-contratante, como foi feito exatamente no caso da consulta, notificar a Administração de sua intenção de resilir, o que corresponde, também como era firme intenção da consulente, a solicitar uma resilição amigável.

Como exemplos de culpa administrativa consagrada por abundante jurisprudência, apresenta justamente o "retard considérable apporté à l'ordre de commencer les travaux", adiamento dos trabalhos antes de seu início, ou interrupção injustificada, adiamento bru-

tal dos trabalhos, em seguida a solicitação de revisão de preço, etc., acentuando, finalmente:

"La résiliation aux torts de l'administration entraîne pour celle-ci l'obligation d'indemniser son partenaire de la totalité du préjudice subi (*Cons. d'État*, 16.5.1923, *Ste. Glaenger*, précité). Si la personne publique a pris des mesures coercitives à l'encontre de son co-contractant, ce dernier est déchargé des conséquences onéreuses de ces mesures (*Cons. d'État* 23.5.1920, *Briancon*: *Rec. Lebon*, p. 626)."

Lembra Caio Tácito que o princípio da estabilidade financeira nos contratos administrativos completa-se com a teoria da imprevisão, que serve de garantia contra a *álea econômica* que venha a perturbar, de modo intolerável e inesperado, as obrigações contratuais.

Distingue, perfeitamente da *força maior* em que a execução, embora mais onerosa, não é impossível, e do *fato do príncipe*, em que decorre de eventos exteriores, aditando:

"O princípio da continuidade do serviço público impõe ao concessionário o dever de prosseguir na exploração, mesmo se for ruinosa. À Administração incumbe, correlatamente, partilhar das cargas extracontratuais, restaurando a economia abalada e a eficácia da execução do contrato.

A imprevisão deve ser uma situação temporária. Se o equilíbrio da concessão estiver definitivamente comprometido, a solução será a rescisão do contrato. Não desaparece, ainda nessa hipótese, a obrigação de indenizar o concessionário que permaneceu em serviço, malgrado as circunstâncias adversas."

Proclama que embora aplicáveis a outros contratos administrativos, o terreno por excelência da teoria da imprevisão é a concessão do serviço público, "cuja longa duração, associada à regra da continuidade do serviço, confere particular interesse à manutenção dinâmica do contrato", e ressalta os três rqeuisitso do estado de imprevisão indenizável, que deve ser *anormal*, *imprevisto* e *intolerável*.

Consigna que a imprevisibilidade não se refere, necessariamente, ao elemento perturbador em si mesmo, mas aos seus efeitos que ultrapassam a razoável previsão humana, aditando:

"O fato gerador da imprevisão deve ser independente da vontade do beneficiário. A condição de exterioridade é absoluta e necessária em relação ao concessionário, que não terá concorrido, por ato próprio, para o evento perturbador. O mesmo não ocorre com respeito à administração, sobretudo em vista das recentes manifestações jurisprudenciais que deslocaram, em certos casos, do território da teoria do fato do príncipe para o da imprevisão o fundamento da obrigação de indenizar."

Jacques Georgel, no estudo minucioso que realizou a respeito de *Contrats de l'administration. Contrats administratifs par nature*, *in* Juris-Classeur Administratif, Ed. Techinques, Paris, fasc. 502, 1971, focalizando a "cláusula exorbitante", sublinha a dificuldade de determinar com precisão seu conceito, aceitando as fórmulas da jurisprudência que enumera:

"Clauses ayante pour objet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charge des obligations étrangers par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être librement consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales";
"clause attribuant à la puissance publique des prérogatives exorbitantes du droit commun."

Reconhecendo embora à administração pública o arbítrio de estipulações que permitam modificar unilateralmente as obrigações de seu co-contratante, admite, por outro lado, direito deste pleitear uma indenização, ou pedir mesmo a resilição:

"O co-contratante se compromete a executar o contrato assim modificado, mediante um certo direito à indenização ou a possibilidade de pedir a rescisão do contrato quando a amplitude

da modificação alcançar uma certa importância ..."

E não deixa de convir em que essas cláusulas são "quelque peu léonines", uma vez que abandonam, em certa medida, os compromissos combinados à disposição de uma das partes.

Mas que cláusulas exorbitantes seriam essas? Entre as poucas que indica, Jacques Georgel ressalta a de tomar a administração todas as medidas necessárias para a boa execução do serviço, e a de decidir a suspensão ou a resilição do contrato.

Quando vão um pouco além, reconhece que não há como deixar de considerá-las nulas, com, p.ex., estipular a administração que em caso de litígio para certos contratos, a jurisdição administrativa seria a competente. As regras de competência *ratione materiae* são de ordem pública, não sendo permitido aos contratantes, mesmo que um deles seja uma pessoa administrativa, dispor a seu bel-prazer da competência das jurisdições.

Passando à análise da *Formation du contrat administratif*, fasc. 507, 1968, reconhece, n.º 29, com fundamento em júurisprudência que cita, que se o objeto é ilícito, o contrato é nulo, e as partes contratantes não podem dele se prevalecer. A anulação é decretada, ao menos se as estipulações irregulares tiveram um caráter determinante.

Mas a contribuição mais valiosa do "Agrégé des facultés de droit" diz respeito ao reconhecimento de que a teoria civilista do contrato administrativo sofre consideráveis modificações (n.º 69), ressalvando, todavia, que ela conserva toda a sua importância quando nos encontramos em presença de cláusulas estranhas ao serviço público, cláusulas que serão indiferentes à boa marcha do serviço público.

"Não tendo sido imaginadas em vista do serviço público, estas cláusulas não deverão dobrar-se a essas exigências e poderão portanto permanecer submetidas às regras do direito civil, que regem normalmente os contratos; nesse caso, com efeito, não existe razão para afastar sistematicamente as regras civis.

Ao contrário, quando nos encontramos em presença de *cláusulas relativas ao serviço público*, as exigências vão transformar, diga-se mesmo suplantar ou afastar as regras do direito civil (mas estas últimas permanecerão de algum modo subjacente, mascaradas, mas prontas a reaparecer, uma vez satisfeitas as exigências do serviço público)".

Reconhece (n.º 87) ser impossível fazer sempre abstração do caráter de redação unilateral pelas autoridades administrativas desses contratos e proclama, ao mesmo tempo, que o co-contratante envolveu-se nos liames do contrato porque bem o quis, levando em conta as vantagens que lhe eram oferecidas.

"Mas ele não pôde discutir: aceitou globalmente. Portanto, os termos deste acordo aparente de vontade são, na realidade, a obra única da administração. É portanto a intenção da administração que o trabalho de interpretação pode considerar antes de mais nada".

No fasc. 512, *Exécution du contrat administratif*, sempre com base em farta jurisprudência, consigna que "Si le co-contractant est coupable l'une faute ou d'une négligence, il doit s'en prendre à lui-même", estabelecendo o paradigma da indenização por imprevisão no n.º 95: permitir ao co-contratante continuar sua colaboração ao serviço, a despeito da situação criada pelo tumulto (*bouleversement*) do contrato. A indenização deverá então cobrir uma parte extensa, mas não a integridade da perda sofrida durante o período extracontratual, ao passo que, frisa bem, a indenização que restabelece o equilíbrio financeiro em decorrência do "fato do príncipe" cobre a integralidade do prejuízo.

Invocando decisão do Conselho de

Estado de 14.11.47, que chega exatamente ao ponto que interessa à hipótese, sublinha que

"A justificativa de força maior supõe concomitantemente que o co-contratante não teve parte alguma na superveniência do acontecimento que ele invoca, e que ele fez prova do máximo de diligência para reduzir suas conseqüências molestas. O co-contratante é considerado culpado se foi por sua falta ou por sua negligência que ele se expôs aos acontecimentos dos quais quer agora retirar uma escusa".

Indaga, finalmente, da situação de a administração infligir uma sanção ao co-contratante que está no direito de invocar a escusa de força maior, para chegar à conclusão de que ela empenha sua responsabilidade e deve reparar o prejuízo causado.

O mesmo acontece se uma estipulação do contrato parecia pôr a cargo do co-contratante as conseqüências onerosas dos acontecimentos de força maior.

"Semelhante cláusula pode ter efeito quanto ao regulamento do mercado, mas não quanto à responsabilidade. Assim foi julgado que, não obstante semelhante cláusula, o co-contratante é protegido pela força maior, tanto contra as sanções que se justificariam por um atraso de execução, como contra as perdas e danos compensatórios".

É claro que, sejam quais forem as cláusulas do contrato, ninguém irá admitir, em sã razão, que a Prefeitura se torne imune às obrigações contratuais, invocando um motivo de força maior a que ela própria deu causa, pois, como contratante, devia saber perfeitamente, como sabia, que havia de responder por não ter-se colocado em condições de cumprir sua promessa.

A cláusula é tão absurda, tão inverossímel, tão aberrante, que, mais do que irritante, mais do que nula, só pode ser considerada inexistente. Nenhuma prova mais cabal poderia resultar do que a que ocorre na espécie: a força maior sobreveio e o contrato fatalmente há de ser rescindido.

A "cláusula" exorbitante é, pois, nula, inexistente mesmo, ao fixar uma data a que empresta caráter irrevogável, "mesmo quando haja motivo justo de força maior para justificar eventuais atrasos".

Tem o mesmo valor que a fixação, a 16.2.70, dada data de 11.2.70 para início das obras: simples impossibilidade, *flatus vocis* sem qualquer expressão, nem Deus tendo essa possibilidade que certos burocratas se arrogam: a de fazer voltar atrás o tempo.

## OBSOLÊNCIA DE PREÇOS E DE PRAZOS EM VIRTUDE DE ATRASO CULPOSO.

*"6. O cumprimento com atraso de 18 ou 24 meses após a ordem de início das obras (16.2.70) das obrigações da Prefeitura não implicaria o estabelecimento de novos prazos e preços, superados como o ficariam os contratados?"*

De acordo com a cláusula XI:

a) os valores das medições seriam obtidos pela aplicação da taxa de 79,70% coeficiente 0,797, representando o desconto de 5% sobre a taxa contratual de 84,70%;

b) se as obras contratadas estivessem em condições de serem recebidas provisoriamente até 17.2.71 "improrrogável ... mesmo quando haja motivos justos de força maior para justificar eventuais atrasos", esta última taxa não sofreria qualquer desconto;

c) se não estivessem em condições de serem recebidas provisoriamente até aquela data, prevaleceria a taxa de 79,70% para fixação do valor definitivo das medições, sem quaisquer adicionais.

Quer dizer: motivos justos não são motivos justos, força maior não é força maior, Constituição e Código Civil não existem, não existem normas de direito público inderrogáveis pela

Prefeitura, que só não consegue desapropriar bens do Estado, o prazo é aquele e, se não for obedecido, a firma empreiteira sofrerá desconto, ainda que a impossibilidade da realização dos trabalhos seja decorrente de ato da própria Prefeitura...

Dentro de uma mentalidade cesareana dessa natureza, é perfeitamente compreensível o ofício por esta enviado à consulente de que "não poderia ser modificada a cláusula XI do contrato".

E qual a explicação que engendra a digna Procuradoria Judicial? Começa elucidando que o que distingue o contrato administrativo dos demais é a participação do Poder Público, e o fim público da prestação contratada. É feito segundo os preceitos gerais do Direito Privado, mas sujeito às normas do Direito Público e às condições especiais que a Administração Pública impõe, concluindo ser necessária a apresentação de um novo cronograma...

Realçando a importância dos prazos de execução, sempre fundamental para a Administração, que sabe, assim, com que pode contar, como para o contratante, que pode fazer de antemão seus cálculos no que diz respeito a aprovisionamentos, operários, capitais, etc., demonstra Gaston Jèze, nos citados *Principes généraux*, v. 4 ,p. 278, que o respeito dos prazos figura entre as obrigações essenciais de ambas as partes contratantes, a tal ponto que, às vezes, o Código Penal estabelece penas contra o contratante que não os observa.

E como que de olhos fitos em espécie semelhante à da consulta:

"O problema dos prazos e dos atrasos não se apresenta unicamente *com relação ao co-contratante*. Existe, também, com relação à administração: tem esta obrigação de cumprir as promessas dentro dos prazos previstos pelo contrato, expressa ou implicitamente. Por exemplo, num contrato de obras públicas, a administração está obrigada a entregar, *sem atraso*, ao empresário, os orçamentos detalhados, planos, desenhos, etc., necessários para a execução das obras, a fim de que os estaleiros instalados pelo empresário não fiquem sem uso.

Analogamente, e pelas mesmas razões, a administração deve entregar imediatamente ao empresário os *terrenos* sobre os quais devem construir-se as obras".

Insiste, à p. 283, que a administração deve respeitar os prazos que lhe incumbem, p. ex., para a *entrega de documentos* ou para a *entrega de terrenos*, fazendo ver que, em caso de atraso injustificado sua responsabilidade pecuniária ficaria comprometida frente ao empresário, que, depois da respectiva intimação, poderia solicitar uma indenização, provando o prejuízo sofrido:

"O mesmo deve dizer-se para o caso em que o *terreno* sobre o qual devem realizar-se as obras não tenha sido colocado à disposição do empresário. O ponto de partida do prazo de execução é o dia da entrega do terreno.

Ao mesmo tempo deve também a Administração ministrar a *ordem de começar os trabalhos*, num prazo razoável".

Cita, a propósito, abundante jurisprudência, que qualifica de "constante", do Conselho de Estado, merecendo realce uma decisão bem antiga, resolvendo, já em 29.11.72, que, sem embargo de ter sido reservado aos engenheiros o direito de estabelecer a época do começo das obras, "esta disposição não impede que se pague uma indenização ao empresário quando, com fundmaento num fato imputável à Administração, não tenha podido iniciar os trabalhos durante um lapso de tempo que excede consideravelmente os prazos previstos".

Mas esse não é mais do que um dos vários excessos cometidos pela Prefei-

tura Municipal no contrato em discussão.

O primeiro, como transparece das primeiras linhas da exposição, consiste em ter, em ofício datado de 16 de fevereiro, fixado o dia 11 desse mesmo mês para o início dos trabalhos.

Maurice-André Flamme, *les marchés de l'administration*, Bruylant, Bruxelas, 1955, havia exprobrado, à p. 316, o fato de alguns poderes públicos notificarem às vezes quase que simultaneamente a seus co-contratantes a aprovação de suas ofertas e a ordem de começar os trabalhos, fazendo ver a certeza de que uma excessiva exigüidade do prazo que separa os dois atos coloca numerosos empreiteiros na impossibilidade de instalar seus canteiros no dia estabelecido, tornando inevitável os atrasos na execução.

"Assim procedendo, a administração excederá o mais freqüentemente seu seu direito, porque não é senão a partir da aprovação de seu ajuste que o adjudicatário deve colocar-se em condições de satisfazer o mais rapidamente possível à ordem dada e o chefe de obras seria responsável se não desse a seu co-contratante a ordem de começar os trabalhos num prazo razoável, previsível por ocasião da adjudicação".

Para obviar inconvenientes dessa natureza é que, ao que informa, o novo *Cahier général des charges* dispõe, em seu art. 28, que "a administração não pode fixar o início dos trabalhos antes do oitavo dia útil que segue o da notificação da aprovação do oferecimento da empreitada ...".

O que diria o professor da Universidade Livre de Bruxelas de um prazo com caráter retroativo no tempo, escamoteando à construtora dias preciosos, muito além desses oito dias úteis estipulados no *Cahier*?

Ele, que à p. 315 já se havia preocupado em deixar expresso que a força obrigatória dos prazos estipulados não pode dizer respeito exclusivamente aos empreiteiros, mas liga igualmente os poderes públicos donos da obra?

Ele, que havia consignado:

"É assim que, uma vez concluído o contrato, não poderia depender da administração que seja indefinidamente adiado o começo dos trabalhos. Se o orçamento não determinou um ponto de partida, cumpre estabelecê-lo procurando qual foi a comum intenção das partes"?

Cita, a propósito, decisão da Corte de Apelação de Bruxelas em caso bem semelhante ao que é objeto deste estudo, embora menos grave, em que o prazo de remate era de um ano após a data da ordem de serviço determinando ao empreiteiro o início dos trabalhos. O fato de não ter sido dada essa ordem senão depois de 100 dias após a adjudicação, quando o titular do contrato podia razoavelmente esperar iniciar a obra nos 50 dias seguintes à sua assinatura, tornava admissível a reclamação de perdas e danos contra a Administração retardatária, faltosa em obter em tempo conveniente todos os terrenos necessários à execução da obra.

Em outro julgado, também expressivo por ter-se a Administração reservado o direito de dar a ordem de início dos trabalhos "no momento em que julgasse conveniente e oportuno", houve uma demora, relacionada com o acabamento de outros serviços, de dois anos, o que deu margem a uma pretensão, acolhida, de u'a majoração de 25% dos preços unitários, para atender o encarecimento da mão-de-obra e dos materiais.

"É justamente para evitar dificuldades dessa espécie" — conclui — "que os poderes públicos reservam-se ordinariamente um prazo determinado, a datar da aprovação da adjudicação, para dar a ordem de encaminhamento: este tempo é calculado de acordo com a importância das obras a serem executadas e levando em conta o duplo cuidado, de uma parte, de deixar ao

empreiteiro prazos suficientes para reunir seu material e recrutar seu pessoal e, de outra, de permitir-lhe começar o trabalho tão logo essas operações preliminares estejam terminadas.

Também não pode a administração recuar o início da execução além do sexagésimo dia útil que segue o da notificação da aprovação da oferta. Passado esse prazo, o adjudicatário tem o direito de exigir a resolução do contrato e a reparação do prejuízo sofrido ...".

Não conhecemos, na literatura internacional, obra mais sistemática ou mais completa sobre o assunto do que a do Professor da Faculdade de Direito de Paris, André de Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratisfs*, Librairie Générale, Paris, 1959.

Dissertando, no segundo volume, a respeito do papel da noção de equilíbrio financeiro, e da *"equivalência honesta"* das prestações, invoca certos fatores de mutabilidade existentes nos contratos administrativos, expondo o co-contratante, bem mais do que nos ajustes civis, a ver sua situação agravada:

"É em razão desse elemento de insegurança, que poderia ser de resto igualmente prejudicial aos interesses do próprio serviço público, que a teoria do contrato administrativo abre lugar, em contrapartida, à noção do equilíbrio financeiro, ou como se diz também, da equação financeira do contrato. Ela admite que, em certas condições, o co-contratante possa fazer valer um verdadeiro direito ao restabelecimento deste equilíbrio quando certas causas tenham acarretado sua ruptura".

Desenvolvendo amplamente a idéia, deixa bem claro que equilíbrio financeiro do contrato não corresponde à *gestão equilibrada da empresa*:

"... est seulement le rapport approximatif l' "équivalence honnête" entre charges et avantages, que le co-contractant a pris en considération, 'comme un calcul', au moment de la conclusion du contrat et qui l'ont déterminé à traiter. C'est lorsque cette balance raisonnable est rompue qu'il peut apparaître équitable de la rétablir parce qu'elle avait été prise en considération comme un élement déterminant du contrat".

Verificando as condições de aplicação do princípio, distingue o caso em que a ruptura do equilíbrio financeiro provém de um fato estranho à administração, em que reconhece que a hipótese deveria ser expressamente prevista no próprio contrato, daquele em que o rompimento do equilíbrio ocorre de fato da administração, desempenhando então papel preponderante o princípio do direito do co-contratante ao restabelecimento desse equilíbrio, com fundamento ao mesmo tempo na eqüidade (contrapartida dos poderes exorbitantes de que dispõe a administração na execução do contrato) e no próprio interesse do serviço público do qual, afinal das contas, o co-contratante é o colaborador.

Não resta dúvida de que a invariabilidade dos preços estabelecidos mediante concorrência pública resultaria num ideal de segurança para ambas as partes contratantes, pois do contrário poderia o empreiteiro, a todo instante, pretender um aumento da sua retribuição.

Há que convir, no entanto, que quando a Administração Pública retarda injustificadamente a entrega da obra, não pode ficar a cargo do empreiteiro o aumento do custo da produção que estava a seu cargo.

Daí a necessidade de que ela admita uma revisão nos preços, quando os custos tenham sofrido alterações decorrentes de acontecimentos de natureza geral e imprevisível.

Várias normas legais têm admitido a revisão geral dos preços unitários em obras públicas, a partir do Decreto-lei federal n.º 185, de 23.2.67,

que "estabele normes para contratação de obras e para revisão de preços em contratos de obras ou serviços a cargo do Governo Federal". Determina, no art. 2.º, que os serviços e obras a cargo dos diversos órgãos do Governo Federal seriam pagos, mediante índice variável, determinando, entre outras medidas, no art. 6.º, § 2.º:

"Os órgãos responsáveis farão, obrigatoriamente, a medição e classificação das obras ou serviços executados em cada período a ser reajustado, para definição dos valores dos reajustamentos e controle do cronograma de execução estabelecidos no contrato".

No âmbito estadual, o Decreto de 19.8.70 facultou "às firmas contratantes solicitar, em caráter excepcional e transitório, alteração de preços para atender ao aumento imprevisto e extraordinário do aço para construção"; critério esse também seguido por decreto da Prefeitura do Município de São Paulo n.º 8.989, de 16.9.70, considerando que o aumento imprevisível durante os primeiros meses de 1970 do preço do "aço para construção" podia causar "não só alterações no andamento normal das obras públicas, mas em alguns casos a própria impraticabilidade de sua execução".

Não escapou ao espírito arguto de Pietro Virga que, sem embargo do princípio fundamental da invariabilidade dos preços das empreitadas públicas, no próprio interesse da regular e rápida execução das obras, apresenta-se a necessidade para a Administração de conter a álea do empreiteiro dentro de uma margem razoável e, portanto, de admitir a revisão dos preços, quando os custos tenham sofrido graves perturbações em dependência de acontecimentos gerais e imprevisíveis.

"A revisão ... não foi portanto introduzida, como poderia parecer à primeira vista, para favorecer o empreiteiro, e sim para garantir o regular prosseguimento das obras e para permitir à administração obter ofertas melhores em consideração à garantia oferecida ao empreiteiro de que a álea permanece em qualquer caso contida dentro dos limites da normal previsibilidade".

Embora vigorando o princípio da invariabilidade da retribuição, admite que o agravamento dos ônus ocorrido sem culpa por parte do empreiteiro deva dar lugar a uma compensação adequada.

É certo que o fato do reconhecimento de maiores encargos refere-se a compensações a serem verificadas mediante medidas; mas salienta ter-se admitido que o total calculado num contrato para compensações globais constitui um *forfait* correspondente aos ônus que aí estão incluídos, de modo que a retribuição deverá sofrer variações quando os próprios ônus venham a ser modificados em medida superior aos limites da álea normal.

Entre as compensações a serem reconhecidas a uma empresa enumera, em primeira lugar, as decorrentes de suspensões e atrasos imputáveis à administração, com fundamento nas maiores despesas que a entidade teve que enfrentar devido a tais interrupções e à falta de utilização pelos meses de suspensão dos capitais e dos meios empregados. "Semelhante compensação é devida, tanto na hipótese que a suspensão tenha sido determinada pela direção dos trabalhos ... como na hipótese de que essa suspensão tenha sido causada por um fato que não possa ser atribuído à empresa ... mas a empresa não tem, ao invés, direito à compensação quando a suspensão dos trabalhos é devida a fato próprio".

Não admitindo a revisão de preços, contraria a Prefeitura não somente a Constituição, as leis federais, as leis estaduais: *completa o quadro desobedecendo às suas próprias leis.*

A começar do Decreto n.º 5.870, de 26.5.64, que "aprova normas para reajustamento de preços, nos contratos

de empreitada de obras e serviços", tendo por finalidade suas normas, como reza o art. 1.º, "fixar bases e estabelecer condições gerais para reajustamento de preços em contratos de empreitada de obras e serviços públicos no Município de São Paulo".

Não faculta, não facilita, não possibilita, não oferece, não concede: *obriga*, conforme se verifica pela leitura do art. 4.º:

"os preços contratuais serão reajustados, para mais ou para menos, em conseqüência das variações ocorridas, na conformidade do disposto no artigo 8.º ...".

Daí por diante a linguagem é igualmente expressiva: os reajustes contratuais *serão realizados* (art. 8.º), *serão retificados* (art. 9.º, *caput*), *será aplicado o índice* (parágrafo único), a liquidação *far-se-á* (art. 11.º), os reajustamentos *serão encaminhados* (artigo 12.º, *caput*), a Secretaria de Obras *deverá providenciar* (§ 2.º) ...

E note-se, que o edital obedeceu ao disposto no art. 5.º que determina que "as presentes normas e o tipo de índices ... serão explicitamente indicados pela Prefeitura no edital de concorrência, na carta-convite e no próprio contrato" ...

Serão indicados para não serem obedecidos? Um atraso tolerável não poderia ir além de três meses. Vencido esse prazo, não há como não reconhecer o direito à fixação de novos preços, determinados, aliás, pela própria legislação da União, dos Estados, e da mesma Prefeitura. Não atendida essa pretensão, a solução não pode ser outra senão a rescisão do contrato, com indenização de todos os prejuízos sofridos pela concessionária.

## TAXA DE MEDIÇÃO DE SERVIÇOS. NÃO PODE SOFRER DESCONTO QUANDO O ATRASO NÃO É DEVIDO À CONSTRUTORA

"7. *Motivos justos e de força maior, que justifiquem atraso independente da vontade da Construtora, não tornam leonina cláusula contratual fixando improrrogavelmente o prazo, mesmo quando reconheça a existência de motivos de força maior para justificar eventuais atrasos, se a própria Prefeitura não autorizou mais o início das obras, por não ter obtido a área de terreno, ou por desinteressar-se pela construção?*"

Realmente, as obras não se apresentaram em condições de serem recebidas provisoriamente, até 17.2.71, nos termos da cláusula XI já transcrita.

Mas essa não é a única verificação a ser feita, com abstração de todas as demais circunstâncias. Ou melhor, nem sequer poderia ser cogitada, pois o eterno ponto de partida para qualquer raciocínio proveitoso é o de saber se a Municipalidade colocou ou não a Construtora em condições de solver o seu compromisso.

Como foi justamente o contrário o que aconteceu, é bem de ver que está plenamente justificado o atraso, que há ausência total de culpa da firma empreiteira e que, ao contrário, a culpa recai única e exclusivamente na Prefeitura, sejam quais forem as cláusulas contratuais.

Como poderiam apresentar-se, se não foram sequer iniciadas?

As principais obrigações da Administração Pública frente ao empreiteiro, em virtude de contrato, são enumeradas por Pietro Virga, titular de Direito Administrativo da Universidade de Palermo, em sua preciosa monografia tantas vezes citada.

A primeira é a *entrega do trabalho*. Marca o início da execução do contrato, o que dá bem idéia da importância particular que assume, "perchè dalla consegna decorre il termine per il compimento dell'opera".

Enumera então as diferentes operações em que implica: a) entrega da área; b) entrega dos documentos técnicos; c) delimitação da obra; d) acertamento do estado dos locais que são entregues ao empreiteiro.

Distingue as duas hipóteses, no que diz respeito ao atraso na entrega dos trabalhos, conforme seja devido ao empreiteiro ou à Administração, traçando, com relação a esta última, que é a única que interessa ao caso, aquela diretriz que foi fielmente seguida pelos advogados da consulente: caso a Administração não proceda à entrega, deve o empreiteiro colocá-la em mora mediante competente intimação; decorrido inutilmente o prazo, poderá pedir a resolução do contrato.

"Independentemente dessa faculdade, o empreiteiro tem o direito de pedir o ressarcimento dos prejuízos sofridos em conseqüência do atraso nas entregas imputáveis à administração, prejuízos que se concretizam na diferença dos preços das matérias-primas a serem empregadas e na mão-de-obra, nos juros passivos sobre a caução e sobre os capitais imobilizados nos aparelhamentos; mas também semelhante direito pode fazer-se valer a partir da data com a qual a administração vem a ser posta em mora."

Acompanhando a tendência mais recente do direito francês, que se exprime na prevenção da álea econômica, compartilhada pelo estado, mediante cláusulas contratuais de variação ou revisão de preços e de tarifas, invoca Caio Tácito o "esquema preciso" de Duez e Debeyre:

"Vai-se considerar que o aparecimento da álea econômica anormal e imprevisível, tumultuando o equilíbrio financeiro do contrato, acarreta a abertura de um parênteses na aplicação deste contrato, e vai-se procurar, para satisfazer a eqüidade, uma solução fora mesmo das estipulações do contrato até que a situação tenha voltado a ser normal e que o contrato possa reencontrar sua aplicação normal. Sai-se portanto, momentaneamente do contrato para colocar-se no domínio do extracontratual."

Conclui a primeira parte de seu oportuníssimo estudo lembrando que a concessão de serviço público se encontra sob a égide de um dogma fundamental: o da já lembrada segurança do equilíbrio financeiro nas relações entre concedente e concessionário, lançando estes conceitos lapidares, que dir-se-ia terem sido inspirados pelo caso sob consulta:

"O empresário privado, chamado a colaborar na gestão de um serviço público, não pode reger livremente o negócio. A administração tem o privilégio de modificar, coercitivamente, a parte regulamentar do serviço, inovando o caderno de encargos. Fica, no entanto, o concessionário ao abrigo da álea administrativa (atos do poder concedente), ou da álea econômica (atos de outras autoridades, ou causas econômicas e naturais), com o direito a ser ressarcido, total ou parcialmente, do efeito de causas ou concausas que venham a infletir, direta e indiretamente, sobre a economia da concessão.

Repugna ao conteúdo jurídico e ético das relações entre o estado e os seus co-contratantes o rompimento da equação financeira, a qual se constituiu pela comum e lícita intenção das partes."

Alude à regra da *equivalência honesta* de deveres e direitos do concessionário, como o complemento do princípio da continuidade do serviço:

"Um e outro são essenciais à existência da concessão. Inspiram-se em igual postulado de interesse público, consistente em asegurar a prestação adequada e eficiente do serviço concedido."

Respondo ao quesito afirmando que constituiria o maior dos absurdos não admitir a prorrogabilidade de um prazo, cujo decurso decorra da fixação do início por parte da Prefeitura, quando esta não o marcou, não o marca e não o marcará, por absoluta imposibilidade.

## CLÁUSULA INCENTIVADORA DA RAPIDEZ DA ENTREGA DA OBRA

"8. *É motivo justo de força maior a aludida falta de propriedade do terreno por parte da Prefeitura, tornando, assim, condicional o negócio, nos termos da cláusula XI? Na hipótese, a data de 17.2.71 para a entrega provisória da obra não deveria ser modificada?*"

No aludido ofício de 10.2.71 a firma construtora, levando em conta o decurso de mais de um ano da data prevista para o início das obras e mesmo um provável ulterior compasso de espera, profetizando mesmo que "o início de obras possivelmente passará a data prevista para o término da obra com os benefícios dos 5%", limitou-se a solicitar duas providências, de elementar e incontestável justiça:

1) fosse mantido o espírito do contrato, com referência a essa cláusula, conservando-se o benefício dos 5% desde que a obra estivesse em condições de ser recebida provisoriamente 30 dias antes do término do prazo contratual de 450 dias a contar do início das obras;

2) tendo o aço sofrido um aumento imprevisível, a tal ponto que o reajustamento dos seus preços havia sido determinado por decreto, fossem estendidos seus efeitos ao contrato que, por culpa exclusiva da Prefeitura, não pudera ter ainda início de execução.

Como explicar o desatendimento de pedido tão razoável, como justificar a verdadeira *via crucis* a que foi submetida a Construtora, na mais paradoxal das atitudes, e a ela mesma prejudicial? Talvez pela força da inércia.

Cumprindo a sua obrigação de enviar o cronograma Gant dos serviços, advertiu a Construtora Beter S.A. que ele seria passível de modificações por dois motivos ponderáveis:

1) porque as áreas necessárias à construção não haviam sido ainda liberadas;

2) por não ter sido completado o projeto estrutural devido à impossibilidade de levantamento topográfico de fundações na área do DER, que não autorizou a sua realização.

O que é que diz o art. 963 do Código Civil tanto invocado pela Prefeitura? Que não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora.

A *contrariu sensu*, havendo fato ou omissão a ele imputável, incorrerá em mora.

E como não admitir ter havido, no caso, omissão imputável à Prefeitura? Não devia ela, antes mesmo de cogitar da publicação dos editais, ter-se certificado de que era de sua propriedade o terreno no qual pretendia erigir uma praça de estacionamento de automóveis?

Não foi nessa certeza que desapropriou e demoliu o prédio que ocupava parte do local, despendendo ingente quantia que arrecada tão bem dos sofridos contribuintes e aplica tão desastradamente?

À alegação de ausência de malícia foi objetado, com toda procedência, como fecho da tréplica, não se estar discutindo a não-realização da condição de pagamento, e sim a obstaculização e o descumprimento contratual em sua integralidade pela Municipalidade, que, antes de firmar o contrato, sabia não estar de posse da área de terreno.

"Portanto, houve malícia, pois quem pretende construir em terreno alheio, sabendo que não pode e nem deve fazê-lo, contrata com terceiros, firmando documentos, exigindo caução em títulos de Obrigações Reajustáveis, está agindo dolosamente, acarretando prejuízos, como ocorre no caso destes autos."

E a malícia, de resto, resulta em não admitir uma prorrogação no prazo cujo descumprimento é a ela mesma devido, e em não devolver a caução que está retendo ilegalmente.

Gaston Jèze, no v. 5 dos seus cita-

dos *Principes généraux*, p. 244, embora de leve, bate nessa tecla, fazendo ver que o fundamento jurídico do direito do empreiteiro a um preço especial é o princípio de que os contratos de obras públicas devem ser executados de boa-fé por ambas as partes. "*A comum intenção das partes*, ao celebrar-se o contrato, foi aplicar preços especiais às sujeições imprevistas".

Será necessário acrescentar, a esta altura dos acontecimentos, que um novo cronograma, se a prestação já se tornou absolutamente impossível, é uma completa inutilidade, é úma redundância inqualificável, pela simples razão de que nem mesmo estabelecendo-se um cronograma para cada dia do ano chegar-se-ia a qualquer resultado positivo?

Como organizar o cronograma, quando marcar-lhe o início, se até o presente momento, decorridos dois anos e meio da assinatura do contrato, a Prefeitura não colocou a Construtora Beter S.A. em condições de dar início às obras?

"O pagamento do preço, nos termos da cláusula XI" — diz a Prefeitura a umas tantas (fls. 70) — "era negócio condicional. O benefício do acúmulo de 5% na medição seria concedido se a obra fosse entregue provisoriamente até o dia 17.2.71.

*Esta condição não se realizou.*"

Esse grifo no *se*, e na *não-realização da condição* é algo monumental, como é monumental toda a série de absurdos e de fantasias, completamente distanciada da realidade, com que a Prefeitura constrói seus logogrifos jurídicos.

Não admira, nestas condições, que, como já fizera com os arts. 1.091 e 879, diametralmente contrários à sua pretensão, esgirma também o art. 120 do Código Civil que será justamente um dos esteios da sua condenação.

A Prefeitura não mereceria a menor recriminação porque não seria malicioso o seu comportamento!

Daí a pretender chegar à culpabilidade da Construtora pelas faltas da Prefeitura vai apenas um passo. E esse o franqueia corajosamente a Digna Procuradoria Judicial calçada nas andas de Vicente Rao e de Carvalho Santos.

Na verdade, não resiste à tentação de imputar de certo modo à consulente a responsabilidade pela inexecução do contrato por ter ... reclamado novo proza para a execução, recriminando-a pela "pretensão" não só de não desmerecer o benefício de 5%, mas ainda de um aumento no prazo da entrega provisória. E quer ainda a condenação da mesma em honorários advocatícios, custas, despesas processuais e demais cominações de direito!

Veja-se, em contraste com essa atitude pouco razoável, a perfeita coerência, a compreensão e o espírito de colaboração da Construtora, que, em ofício de 10.2.71, ainda nutria a ilusão de que uma determinação do Senhor Governador do Estado pudesse prevalecer sobre a teimosia de certos burocratas, chamando a atenção sobre o longo decurso do prazo entre a assinatura do contrato, 30.1.70 e aquele que sonhava pudesse marcar a data do início das obras...

Não pode, em suma, ser aceito como motivo para isentar a Prefeitura da responsabilidade contratual que empenhou o fato de não ser sua a propriedade de parte do terreno em que pretendia erigir a obra avençada.

## A NÃO-AUTORIZAÇÃO DO INÍCIO DAS OBRAS OBRIGA À PRORROGAÇÃO AUTOMÁTICA DOS PRAZOS ENQUANTO NÃO FOR RESCINDIDO O CONTRATO.

"9. *Seria de vigorar tal data se, na oportunidade, a ordem de início das obras não havia sido restabelecida? Pode semelhante argumento favorecer a Prefeitura no que diz respeito à impossibilidade de prestação, em qualquer circunstância, diante da cláusula que,*

*segundo a Prefeitura impediria a incidência do art. 963 do Código Civil?"*

A demora considerável na ordem para começar as obras é apontada pelo mesmo Gaston Jèze, v. VI, p. 226, como o primeiro dos casos de falta grave cometida pela Administração que dão margem à rescisão do contrato.

O segundo é a interrupão injustificada das obras por parte da Administração (p. 226-227).

E demonstra, à p. 231, que a regra da rescisão proferida por culpa e à custa da Administração, que a obriga a indenizar o empreiteiro, é conseqüência do princípio de justiça segundo o qual aquele que, por sua culpa, causa um dano, deve ressarci-lo.

Antes de mais nada, tem direito o empresário a ser liberado de todas as conseqüências onerosas das *medidas coercitivas* adotadas contra ele pela Administração.

Quanto à *indenização de rescisão*, sublinha consistir no *reembolso de todas as despesas que acarretou, para o empreiteiro, o contrato rescindido*, particularmente:

"1.º) as *despesas de estudo e de preparação dos projetos;*

2.º) as *despesas de adjudicação*: isto compreende, *em sua totalidade ou em parte*, as *despesas de selos e de registro* do *contrato primitivo*, conforme a quantidade das obras já executadas ao produzir-se a rescisão.

A indenização abrange, além disso, a reparação do prejuízo causado, com a condição de que se apresente a respectiva prova.

A indenização inclui, por último, o *benefício frustrado*. Com efeito, devido à falta da Administração o empresário viu-se na impossibilidade de obter o benefício que esperava da execução das obras".

Não é diferente a lição dos demais tratadistas.

Para não alongar citações: Miguel Ángel Berçaitz, *Teoria general de los contratos administrativos*, Delpalma, Buenos Aires, 1952, como que de olhos fitos em caso análogo ao dos autos, escerve, à p. 328:

"El cocontratante tiene derecho a exigir que la Administración pública cumpla dentro de los plazos que el contrato establezca, las obligaciones que el contrato pone a su cargo: por ejemplo, la entrega de planos, presupuestos, muestras, terrenos, materiales, etc., realizar las inspecciones fijadas, aprobar las obras ejecutadas, visar los ecrtificados pertinentes, librar las ordenes del pago, etc.

La violación de cualquiera de estas obligaciones por parte de la Administración, da motivo al cocontratante para reclamar por vía jurisdicional o contencioso administrativo pertinente, su cumplimiento, con más los daños e intereses que le ocasione, e inclusive la rescisión del contrato según sea lo estipulado, o la gravedad de las faltas en que incurra."

É claro que a data da entrega dos serviços só poderia ter validade desde que tivesse sido marcada a data do início dos mesmos. O que vale é o intervalo entre uma data e outra, que fatalmente terá que se deslocar, na folhinha, à medida que vai se retardando a designação do primeiro momento. Se é a Prefeitura que atrasa a indicação, como pode daí retirar a pretensão de resultar favorecida?

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DECORRENTE DO "FATO DO PRÍNCIPE".

*"10. Procede a alegação da Prefeitura de não ter havido malícia de sua parte, não lhe podendo pois ser imputada a inexecução do contrato por não ter obtido o terreno? Não se aplica à hipótese a regra do art. 120 do Código Civil? Não são imponíveis à Municipalidade, pelo não cumprimento do contrato, as mesmas penalidades previstas para o inadimplemento da Construtora?"*

As circunstâncias reveladoras de ter a Municipalidade agido de maneira leviana e inconcludente, as contradições em que cai são tão flagrantes que nem mesmo os mais hábeis malabarismos de seu esforçado corpo jurídico conseguem disfarçar.

Se é "claríssimo" o dispositivo legal relativo à "hierarquia inderrogável" da ordem desapropriatória, se, como ensina o prof. Washington de Barros Monteiro, "a impossibilidade da prestação resolve o contrato" e, como complementa o prof. Sílvio Rodrigues, "a impossibilidade absoluta o desfaz", se no mesmo sentido está a decisão reproduzida à *Rev. dos Tribs.*, v. 161/127, que na verdade cuida de espécie que diz respeito a compromisso de compra e venda não registrado anteriormente à vigência do Decreto-lei n.º 4.166, de 1942, prestação que se tornou impossível por força de lei superveniente, nada tendo a ver com a hipótese em exame, não há como desviar a conclusão pelo atalho das alterações dos preços do contrato: há que admitir, singelamente, que o contrato está desfeito, é impossível de executar, e qualquer tentativa envolveria violência e até mesmo aspectos criminais.

Mas não é justamente isso que pleiteou a autora por carta, por notificação judicial e, finalmente, em cada linha da propositura da ação a que se viu obrigada, muito embora "a impossibilidade da prestação resolva o contrato"?

Como pode a Prefeitura insistir em tão cego "não interessa"? Curiosamente, esses subsídios doutrinários são os mesmos, os mesmíssimos que fundamentaram sentença de 5.10.71, do M. Juiz George Muniz Gomes, proferida nos autos de análoga ação movida por Rossi Engenharia S.A. contra a Municipalidade de São Paulo.

Com todo respeito, ousamos afirmar que o ínclito magistrado não resolveu satisfatoriamente a espécie, simplesmente aderindo ao comodismo de ter como não realizada a celebérrima cláusula 11 do contrato, que condiciona o impossível: o recebimento provisório da obra na data predeterminada, mas que a Prefeitura não determinou, nem determinará, pela simples circunstância de que é impossível de determinar.

Ora, não é evidentemente suficiente proclamar, como fizeram os burocratas, como acompanha o Departamento Jurídico da Prefeitura, como aceitou o M. Juiz, que

"a condição não se realizou".

É preciso, preliminarmente, verificar se houve ou não culpa da própria Municipalidade pelo fato da condição não ter-se realizado. Do contrário, entregaremos a ela o arbítrio de todas as vantagens e de todas as conveniências, tornando letra morta o contrato.

E a conclusão é tanto mais surpreendente porquanto aflorou ao espírito de S. Exa., como deixa transparecer a fundamentação, que o atraso da obra houvesse sido determinado por razões talvez imputáveis à ré, que excluiu em virtude da presunção estabelecida no art. 120 do Código Civil de ter como verificada a condição cujo implemento tiver sido maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer.

Mas, longe de reconhecer que é a Prefeitura que maliciosamente está obstando o cumprimento do contrato, chega à conclusão de que a ação só poderia prosperar se a autora tivesse comprovado que a ré agira dolosamente, deliberadamente.

A continuar o sistema de reprodução menos refletida de conceitos e preconceitos, correremos o risco de ver definitivamente estabelecido um critério dos mais atentatórios ao direito e dos mais prejudiciais ao interesse coletivo.

Poderá ser responsabilizada a Prefeitura Municipal pelos prejuízos de toda natureza a que seu comportamento inconsiderado vem dando margem?

Como duvidá-lo, diante do art. 107 da Constituição Federal: 'As pessoas jurídicas de direito público responderão

pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros"?

O mesmo dispõe o art. 15 do Código Civil, ressalvando, também, ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.

São esses os dispositivos aplicáveis à espécie, e não o art. 1.521, n.º III do Código Civil, que qualifica a responsabilidade apenas por via indireta, ao passo que, por aqueles, está perfeitamente caracterizada a responsabilidade direta do Poder Público.

"Il comportamento della pubblica amministrazione" — sintetiza o mencionado Pietro Virgo à p. 11 — "può fare sorgere una responsabilità verso i terzi, quando esso abbia cagionato un danno ingiusto e sia riferibilile alla amministrazione stessa".

E aponta então os elementos que devem concorrer para que se possa fazer valer uma responsabilidade da administração:

a) *Antijuridicidade*, que pode consistir "não somente na violação de leis, de regulamentos, de normas internas, mas também na inobservância das regras de elementar diligência e prudência".

Explica que, justamente porque a responsabilidade pressupõe a ilicitude do comportamento, não parece admissível uma responsabilidade da administração por atos legítimos.

"A indenização prevista pelas várias leis para os prejuízos ocasionados aos particulares na execução de obras públicas ou no desenvolvimento de outras atividades não constitui a expressão de um princípio geral, mas encontra fundamento em normas, que justamente pela sua natureza de normas excepcionais, não são suscetíveis de aplicação analógica".

b) *Lesão de um direito subjetivo.* Recomenda — e o ensinamento resulta de importância fundamental na solução da hipótese — que aos fins da determinação da responsabilidade seja tomado em consideração não "o ato jurídico", mas "o comportamento material" da administração, tomando-se em consideração não a "ilegitimidade" desse comportamento, mas o "ilícito", que constitui objeto de avaliação da autoridade judiciária ordinária aos fins da ação de ressarcimento.

"Ora, o ressarcimento pode ser solicitado não pelo simples fato de que tenha sido emanado um ato ilegítimo (lesivo de interesses legítimos), e sim pelo fato de que em execução de semelhante ato ilegítimo tenha sido realizada uma atividade material de execução, que é *ilícita* porque fundada num ato *ilegítimo* e que de semelhante atividade ilícita de execução resulte lesado um direito subjetivo do particular".

c) *Atribuição do fato à administração.* "Enquanto que no setor privatístico constitui pressuposto do surto da responsabilidade da administração a imputabilidade do fato ilícito a um determinado sujeito, no setor publicístico o pressuposto é representado pelo referimento à administração do fato ilícito cometido pelo dependente".

A distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual da administração pública é importante, entre outros aspectos versados pelo tratadista, no que diz respeito ao ônus da prova: enquanto que na primeira deve ser a administração, se quiser liberar-se, a demonstrar que o inadimplemento não é devido a causa que lhe possa ser imputável, nos termos do art. 1.218 do Código Civil italiano (que corresponde, com mais precisão, ao art. 956 do Código pátrio), ao invés, na responsabilidade extracontratual, cabe ao particular o ônus de provar não somente o fato gerador da obrigação, como também a possibilidade de se atribuir o fato à administração (art. 2.697 do Código Civil peninsular).

No terceiro volume do seu *Traité*, Laubadère dá cabal desenvolvimento às suas idéias, enumerando e analisando os diversos fatos suscetíveis de interferir na execução de um contrato admi-

nistrativo, afetando as condições dessa execução e tornando-a mais difícil ou mais onerosa ou mesmo impossível. Estuda as teorias das *sujeições imprevistas*, dificuldades materiais de um caráter absolutamente anormal sobrevindas na execução de contratos administrativos, que não puderem razoavelmente entrar nas previsões das partes no momento da conclusão do contrato, e que tornam mais onerosa a sua execução, abrindo ao empreiteiro um direito a ser integralmente indenizado sob a forma de um relevantamento do preço do mercado.

Pela teoria do *fato do príncipe*, também chamada *fato da administração*, "uma das mais confusas do direito dos contratos administrativos", cuja ancianidade a própria aparência superada do vocábulo revela,
"é um fato que dá lugar em proveito do co-contratante da administração a uma *indenização integral*. É neste sentido que se opõe, por exemplo, a teoria do fato do príncipe à da imprevisão: a imprevisão obriga a administração a tomar a seu cargo uma parte das perdas sofridas pelo seu co-contratante enquanto que o fato do príncipe abre ao co-contratante um direito a receber a compensação integral do prejuízo que ele sofreu desde que este prejuízo tenha sido provocado pelo fato em questão".

Não resta dúvida que, na hipótese da consulta, estão perfeitamente delineados os três elementos configurados pelo tratadista para a caracterização do *fato do príncipe:* existência de um prejuízo, imprevisibilidade do fato prejudicial e imputabilidade desse fato à autoridade pública.

Acentua, à p. 62, a conseqüência jurídica essencial decorrente do *fato do príncipe:*
"é obrigar a coletividade pública contratante a reparar integralmente por meio de uma indenização compensadora o prejuízo causado a seu co-contratante".

Além disso, em certas condições acarreta, entre outras conseqüências, a de que, quando o fato da Administração torna impossível a execução do contrato, constitui, ao mesmo título da força maior, um fato justificador da não-execução pelo co-contratante.

Duas idéias diferentes explicam, nesse caso, o direito à indenização: a do *equilíbrio financeiro do contrato*, já examinada, e a da *responsabilidade contratual da Administração*.

Considera mesmo que o *fato do príncipe* constitui bem um caso desta última espécie:

"A conexão à teoria da responsabilidade contratual explica notadamente que o fato do príncipe não dê lugar à responsabilidade senão quando ele emana da própria administração contratante, pois toda responsabilidade supõe imputabilidade; é a diferença que separa o fato do príncipe das sujeições imprevistas ou da imprevisão, que não repousam na idéia de responsabilidade. Explica igualmente que a repartição realiza-se de acordo com as mesmas regras que vigoram no caso da falta da administração às suas obrigações contratuais".

Estabelece, então, uma distinção importante, reconhecendo que o *fato do príncipe* não constitui um modo de agir faltoso, não se caracterizando, assim, responsabilidade contratual por culpa, daí deduzindo que isso prova simplesmente que em matéria contratual como em matéria extracontratual a responsabilidade da administração pode em certos casos ser comprometida sem culpa. É justamente para justificar essa aplicação da responsabilidade sem culpa que intervém e desempenha seu papel a idéia do restabelecimento do equilíbrio do contrato.

A lição é tanto mais importante e aplicável ao caso em tela porque, embora em nossa opinião esteja caracterizada a mais não poder a culpa da Administração Pública, deixa patente que não interessa, afinal das contas,

saber se a Prefeitura teve ou não teve culpa: o que interessa, o que ninguém pode negar é que o Concessionário, *sem qualquer culpa*, foi prejudicado, e não é equitativo, não é justo, não é curial, brada aos céus que venha a sofrer tão vulotsos prejuízos quando nada se lhe pode imputar.

Não se nega ao Poder Público o poder de rescindir, até mesmo unilateralmente, o contrato que tenha estipulado com o particular. Mas é claro que não pode prevalecer-se da sua posição de superioridade para causar gravames injustos.

Carlos S. de Barros Jr., Das concorrências, *in Rev. de Dir. Admin.*, Rio, v. 95, janeiro-março 1969, p. 11, teve oportunidade de consignar que a ação administrativa do Estado é de permanente atendimento e satisfação das necessidades públicas:

"Óbvio será, máxime no estado disciplinado pelas normas de direito, da justiça e da moral, que essa ação deva pautar-se por orientação de idoneidade imparcial e justo, porque a sua finalidade assim impõe" ...

"O estado deve realizar o bem comum, o que importa ser preponderantemente justo na sua atuação, em face das exigências do interesse coletivo e de cada um dos que venham, com essa finalidade, apresentar-lhe a sua colaboração".

Não é diferente o sentir da nossa jurisprudência, que em reiterados pronunciamentos tem coibido a tendência que se nota, por parte dos agentes do Poder Público, de extravasarem em seus poderes.

No Mandado de Segurança número 18.028, DF (*Rev. Trim. de Jurisprudência*, v. 46, outubro a dezembro de 1968, p. 2-13, e *Rev. de Direito* Adm., v. 95, janeiro-março de 1969, p. 121-130), impetrado pela Cia. Industrial de Ilhéus S.A., concessionária dos serviços daquele porto contra ato do Presidente da República, declarando a rescisão do contrato de concessão, foi reconhecido que o Poder Público pode retomar, quando julgar conveniente, o serviço concedido.

Proclamou, no entanto, o E. Supremo Tribunal Federal, pelas manifestações dos Min. Evandro Lins, Gonçalves de Oliveira, Aliomar Baleeiro, ser lícito ao concessionário exigir, pelas vias ordinárias, a indenização que lhe couber, "principalmente porque não pode haver enriquecimento ilícito por parte da Administração Pública com os instrumentos da concessão".

Chegaram a ser veementes algumas expressões, como as do Min. Victor Nunes, não compreendendo como possa a Administração sustentar, sobre a concessão de serviço público, uma doutrina que deixa o capital completamente desamparado:

"Num empreendimento em que o concessionário, presumidamente, aplica vultosos recursos, deve ele ficar privado desse patrimônio, até ninguém sabe quando, à espera da indenização a que tiver direito, sem que se lhe reconheça, pelo menos, a garantia de um processo administrativo?"

O Min. Aliomar Baleeiro reconheceu o direito de pedir uma indenização em relação ao capital realmente investido, na medida em que ele não foi compensado, na forma da contabilidade que a empresa concessionária do serviço público deve manter ...

Ainda uma vez o Min. Victor Nunes, invocando o art. 160 (hoje 167) da Constituição, praticamente letra morta, acrescentava que elementar princípio de defesa deve ser obrigatório para a administração:

"Quando descumprido, no processo penal, declaramos a nulidade, mesmo em benefício de celerados. Entretanto permitimos que um vultoso patrimônio seja retirado da posse do particular, sem atenção ao requisito mínimo da defesa. Parece que estamos necessitando, nessa matéria, de uma construção doutrinária que não institucionalize o arbítrio ...

Sr. Presidente, faço estas considerações, porque me parece que os juristas brasileiros, incluindo sem dúvida os juízes, devemos meditar mais fundamente sobre a total desproteção em que estamos deixando os concessionários de serviço público, quando a Constituição inequivocamente quer amparar a iniciativa privada".

A decisão, unânime, de 27.3.68, teve bem expressiva ementa:

"Concessão de serviço público. O contrato administrativo contém a faculdade implícita de rescisão unilateral, tendo em vista o interesse coletivo. Ao concessionário cabe o direito de demandar indenização por perdas e danos se a causa alegada pela administração não importava em falta por ele cometida, na execução do contrato ...".

A invocação do art. 120 do Código Civil em absoluto não pode proveitar à Prefeitura Municipal.

Cabem como uma luva as preciosas considerações desenvolvidas em parecer de José Sabóia Viriato de Medeiros, de 17.6.47, publicado na *Rev. de Dir. Admin.*, v. 13, 1948, p. 462-477, se-Admin., v. 13, 1948, págs. 462-477, segundo as quais quando for obstado maliciosamente o implemento da condição suspensiva, ou quando maliciosamente provocado o implemento da condição resolutiva, considera-se subsistente a obrigação, como se se tivesse verificado a condição suspensiva ou não se tivesse verificado a condição resolutiva.

"Na hipótese da consulta, esta conseqüência é irrealizável, por se não tratar de uma verdadeira condição casual, mas de uma *conditio juris*, pois a aprovação do Governo federal, que foi recusada, era necessária, não para a validade, mas para eficácia do contrato. Recusada a aprovação, rescindiu-se de pleno direito o contrato. Mas visto que se rescindiu por ato malicioso de um dos contratantes (a Rede), a quem o implemento da condição resolutiva aproveitava (dado que mudara de intenção e já não queria executar o contrato, com que se vinculara), a recusa de aprovação maliciosamente provocada e solicitada não lhe pode de direito aproveitar; e ela responde pelos prejuízos, perdas e danos — *damnum emergens et lucrum cessans* — que a rescisão acarretou".

O conceito inicialmente lembrado, de acordo com o qual a administração pública, ao contratar, deve sobrepairar aos interesses imediatos de lucros em sentido comercial, colocando-se, como agente do estado, numa posição pautada pelas normas da moral e da eqüidade, leva à conclusão de que é dispensável localizar o funcionário que deveria ser responsabilizado pessoalmente.

Percebeu-o, com toda clareza, o Catedrático de Direito Administrativo da Faculade de Direito da Universidade de Madrid, Eduardo Garcia de Enterria, na verdadeira monografia que escreveu, sob o título *La responsabilidad del estado por comportamiento ilegal de sus órganos en derecho español, in Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo XX*, Instituto de Estudios de Administracion Local, Madrid, t. 4, 1969, p. 873-907.

Acentua que a fórmula legal de "funcionamento dos serviços públicos" torna desnecessário tipificar o agente culpado, e não como simples cobertura da responsabilidade pessoal dos agentes quando estes resultam responsáveis por sua atuação ilícita, daí retirando, entre outras, a conclusão de que "para imputar responsabilidade à Administração não é necessário que se tenha produzido uma atuação ilícita de um agente concreto: pode tratar-se de um comportamento impessoal, ou próprio da instituição".

Adita, à p. 893, que o conceito de responsabilidade administrativa pelas lesões patrimoniais causadas como "conseqüência do funcionamento anormal dos serviços públicos" exclui os critérios valorativos dos ilícitos civis para remeter o cálculo aos *standards*

de atuação e rendimento normalmente exigíveis aos serviços públicos:

"Estes *standards* não são necessariamente verdadeiros deveres ou obrigações legais para a Administração, cuja especificidade deva ser localizada em cada caso; melhor a indeterminação da fórmula legal está configurada para permitir um cálculo da diligência funcional média exigível do estado no exercício de suas funções, ao mais, se se quiser, do dever genérico de 'boa administração', sem necessidade de localizar uma verdadeira ilegalidade formal em cada caso concreto. Trata-se, nesse sentido, de um verdadeiro 'conceito jurídico indeterminado', que vem a transpor para o Direito Administrativo o *standard* de diligência média do Direito comum referido ao 'bom pai de família'."

Também Giovanni Miele, Catedrático de Direito Administrativo da Universidade de Florença, *Considerazioni sulla risarcibilità dei danni causati a terzi dalla P. A. con ingiusta lesione di interessi legittimi*, no mesmo repertório p. 911-935, insiste em que, em vez de encaminhar-se para a violação dos direitos, o intérprete pode sentir-se autorizado a percorrer outro caminho, tomando aquele que coloca na mera violação de normas jurídicas a fonte da obrigação do ressarcimento, tenha ou não o fato violador da norma lesado um direito subjetivo ou uma diferente posição jurídica de vantagem.

Transcreve a norma contida no artigo 68 do "Schema di legge generale sulla pubblica amministrazione", elaborado pela Comissão Forti:

"A administração pública é responsável pelos prejuízos ocasionados por outros sujeitos, com a própria atividade, quando esta resulte contrária às leis e às outras normas jurídicas em geral. A responsabilidade da Administração Pública subsiste também quando tenham sido violadas as normas de organização colocadas pela própria Administração, que sejam idôneas para constituir uma proteção para cada indivíduo, bem como quando tenham sido violadas as regras elementares de diligência e de prudência. A autoridade judiciária pode sempre verificar as mencionadas violações."

Responde, finalmente, ao último quesito afirmando que a inexecução do contrato a outrem não pode ser imputada senão à Prefeitura. Perfeitamente aplicável, assim, o disposto no artigo 120, do Código Civil, que considera verificada, *quanto aos efeitos jurídicos*, a condição cujo implemento foi durante tanto tempo por ela maliciosamente obstado.

São oponíveis à Municipalidade, pelo não-cumprimento do contrato, as mesmas penalidades previstas para o inadimplemento da Construtora, não como decorrência de qualquer cláusula contratual expressa, que não existe, mas como conclusão fatal para o restabelecimento daquele equilíbrio contratual, daquela reciprocidade de direitos e obrigações tão rudemente vilipendiada.

Tais verbas não poderão deixar de ser reconhecidas, para efeito de cabal reparação dos prejuízos sofridos.

Deixemos de tergiversações: à Prefeitura, por razões que só ela conhece, não interessa mais a realização da obra, que ninguém pretende realize à força. Tem todo o direito de arrepender-se. Mas não à custa da firma empreiteira. Pague, pois, os prejuízos que ocasionou.

São Paulo, 4 de agosto de 1972. *Antônio Chaves*, Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.