OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NA SUA EXISTÊNCIA JURÍDICO-POSITIVA*

MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO

1. Conceito de contrato administrativo. 2. Regime jurídico: direito comparado. 3. Finalidade do contrato administrativo. 4. Cláusulas exorbitantes. 5. Conclusões.

O contrato administrativo, na teoria e prática dos contratos jurídicos, não apresenta mais sequer dificuldades conceituais. Depois das obras de Recaredo de Velasco,[1] de André de Laubadère e de Miguel S. Marienhoff, o instituto consagrou-se na doutrina e alcançou estável posição no pensamento doutrinário.

Embora o direito administrativo, de um século aos nossos dias, tenha conseguido substantividade material e presença no ordenamento jurídico positivo,[2] na sua *génesis* recebeu forte influência estrutural do Direito Civil,[3] só depois adotando processo autônomo, afirmativo e diferenciador.

O problema, no entanto, indutivo de situações jurídicas particulares, pela diversidade de conteúdo das instituições, assumiu figuração própria, outro sentido de valor nas relações, transformando nos sistemas o contrato *comum*

* Trabalho apresentado ao I Simpósio de Procuradores e Consultores Municipais, realizado em Porto Alegre sob o patrocínio da Procuradoria-Geral do município e do Instituto Brasileiro de Direito Municipal.

1 Velasco, Recaredo de. *Los contratos administrativos*. Madri, 1929; Saubadère, André de. *Contrats administratifs*. Paris, 1956; Marienhoff, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires, 1978. v. 3/A.

2 Veja Abad Hernando, Jesus Luis. *Autonomia conceptual de las instituciones del derecho administrativo*. Córdoba, 1967.

3 Veja Bielsa, Rafael. *Relaciones del Código Civil con el derecho administrativo*. Buenos Aires, 1923.

em contrato *administrativo*. Nisto não vai, em face da problemática, qualquer imposição doutrinária. O que há, na elaboração do conceito, é apenas a influência dos objetivos qualificadores essenciais.

A técnica *civil*, de direito privado, deu vez à técnica *administrativa*, de direito público, explicando relações, não de dependência, mas de sistematização, de sujeitos e de normas nas relações jurídicas; sobretudo, na qualificação específica e concreta, onde os limites estão perfeitamente marcados, exatamente adequados aos fins pretendidos. Conciliando interesses, direitos e obrigações. Harmonizando, na igualdade das partes, significados que pertencem à ciência do direito.

A ninguém mais é estranho aceitar o direito civil na formação do direito administrativo, numa primeira fase histórica as íntimas relações que existiram entre as instituições civis e as instituições administrativas. Lembrando que, no tocante ao direito administrativo, já hoje não se encontra naquela chamada *zona nebulosa*,[4] entre os limites do direito público (constitucional) e dos Códigos Civis. As perspectivas serão normativas e de fins-objetivos.

Na França, faz muito tempo,[5] o *l'ancien régime* ou o que era como *algo novo*, tendo em conta atos de autoridade e de gestão, de *puissance publique*, conduziram à institucionalização de figuras de conceitos induvidosos, abrindo outros caminhos que o direito privado não poderia prover, principalmente em se tratando de responsabilidade estatal, de interesse ou de serviço público.

Duas premissas aqui importam:

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

b) outra para conhecer que as normas do Código Civil referentes aos contratos não se aplicam *in genere* aos contratos administrativos porque suas cláusulas e sua execução dependem da satisfação de necessidades públicas.

No direito alemão, o pressuposto de que não havia estado de direito sem poder de polícia,[6] tinha na tutela o elemento fundamental. Não desprezando garantias a favor dos administrados, o direito administrativo na Alemanha desenvolveu processo de absorção das regras privadas, criando formulações que envolveram o alcance dos fins públicos como a meta a atingir.

O direito administrativo espanhol, tal como no direito administrativo italiano, nutriu-se do direito administrativo francês. Em ambos os sistemas de

[4] Veja Abad Hernando. op. cit. p. 32.
[5] Veja Haurion, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. Paris, 1926.
[6] Veja Fleiner, Fritz. *Les principes généraux du droit administratif*. trad. francesa. Paris, 1933.

princípios,[7] o que houve foi apenas renovação de métodos, de normas ou regras assimiladoras das construções civis no plano jurídico da organização da pública administração.

Por conseqüência, todos nós na América Latina (México, Argentina, Peru, Colômbia ou Brasil), considerando o Código Civil como o primeiro corpo de normas sistematicamente estruturadas, tivemos nele ou tiramos dele o conceito de pessoas, de atos ou de contratos, os princípios gerais de direito aplicáveis nas relações administrativas, tendo porém como escopo a idéia de serviço público ou a noção de interesse público.

Daí dizer-se que o ato administrativo é um ato jurídico ou que o contrato administrativo é um contrato jurídico. O que diferencia um ato administrativo de um ato jurídico comum não é somente o sujeito ativo que declara a sua vontade. O que distingue o contrato administrativo do contrato comum não é simplesmente o acordo consensual. A diferença é de motivo-causa, de finalidade a atingir. A distinção, de interesse público ou de serviço público.

Os exemplos são muitos: nas desapropriações, nas servidões, no domínio estatal, nas locações, no regime dos bens, nas requisições. Todavia, o direito administrativo não depende do direito civil. A destinação, no direito administrativo, é fator de suma importância. Embora o Código Civil possua valor científico jurídico indiscutível, não basta ao direito administrativo para posicionar pessoas, atos na espécie ou contratos na especialidade.

Tivesse um ilustre mestre francês o cuidado de se deixar sensibilizar pelos *fins,*[8] não diria por certo que entre o direito civil e o administrativo não há identidade, nem separação ou que este nasceu pela *via da imitação.* A herança, na verdade, foi boa, necessária, previsível. Todavia, não impediu, que c direito administrativo conquistasse normas programáticas de conteúdo distinto das normas do direito civil.

Se o problema, portanto, numa análise de conjunto, é de *fins,* também é de conteúdo. O que acontece, no tocante às peculiares instituições, é que as esferas jurídicas fazem-se harmônicas, intercomunicantes e marcadas de equilíbrio nos sistemas jurídicos positivos. Não se podendo dizer no mundo moderno qual a mais importante, se a sociedade civil ou a sociedade política, se a organização constitucional ou a organização administrativa.

Feitas as indispensáveis ponderações, porque no curso de uma palestra não se pode esgotar matéria tão ampla como a referente aos contratos admi-

[7] Veja Martín-Retornillo. *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y sus instituciones.* Sevilha, 1960; Giannini, Massimo Severo. *Lezione di diritto amministrativo.* Milão, 1950.

[8] Veja Renard, Georges. Le droit administratif. *Revue Trimestrielle de Droit Civil,* 1931.

nistrativos, passemos à definição da figura contratual no ordenamento jurídico positivo já que não podemos fugir das formas e dos elementos que dão conteúdo aos relacionamentos públicos e administrativos. Em que pese a posição da administração, a idéia de serviço público ou os objetivos colimados, a consensualidade coloca as partes num mesmo nível jurídico de igualdade quanto a interesses e direitos.

No meu entender, apoiado pelas práticas administrativas, tanto faz falar de contratos administrativos, de contratos da administração ou de contratos com a administração. Tudo se resume numa mesma fenomenologia, numa mesma figura de natureza diversa diante da ação estatal. Uma figura inconfundível nas hipóteses relacionais, não havendo razão para a doutrina, como vem acontecendo, estabelecer inócuas diferenciações porque o regime jurídico é um só na sua unidade primária e substancial.

O que importa, está no elemento determinante *fim,* no fator *finalidade.* O saber por que a administração contrata e o que ela quer atingir nas contratações. Tudo o mais é inútil, sem qualquer significado maior, já que a espécie no gênero não existe sem a presença de uma pessoa jurídica de direito público. Nessa presença atuante, sejam quais forem os objetivos, a natureza contratual é *administrativa,* visa um interesse da administração na sua competência para fazer e realizar.

Outro ponto para o qual chamo a atenção é aquele que se refere às chamadas cláusulas derrogatórias e exorbitantes. Não são tais cláusulas que caracterizam qualificando o contrato administrativo. Outro ponto, para mim importante, em face das ditas cláusulas, é o de que em razão delas as contratações administrativas escapam do direito comum. Não é assim, porque o que vale, reside no ajuste consensual, no *fato* da administração oferecer e do particular aceitar. No ajustado previamente estabelecido e depois consagrado pelas partes.

Do lado do Estado, da administração, a posição privilegiada do poder público acontece existir apenas naquele momento em que se impõem condições para a execução de serviços. A seguir daí, a convenção celebrada obriga a todos os participantes, passando o interesse público, a atuar quando violentem-se disposições regradas, descumpra-se o acordo consensual, infrinjam-se normas na consecução ou na prestação do ajustado e contratado. Assim não acontecendo, o contrato vige na extensão dos jurídicos efeitos perseguidos.

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

a) que resguardem o interesse público motivo da contratação;
b) que o serviço a prestar na sua execução ou funcionamento seja regular e contínuo.

Mas a base do interesse público, da regularidade na execução ou no funcionamento, resultam de um acordo de vontades que gere direitos e obrigações para as partes contratantes. Formalizado o contrato e adjudicado o serviço, submetidos os participantes a regime que exorbite do campo civil a simples aceitação leva ao exato cumprimento do ajustado, impelindo duas ou mais vontades a uma unidade de propósitos, à consecução de objetivos nascidos de determinadas relações jurídicas.

Não se justifica, por isso, hoje em dia, com a evolução prática e positiva do Direito Administrativo, empecilhos doutrinários que possam dificultar a conceituação dos contratos administrativos. Possuem minha preferência, sem dúvida, as equações simples de lógica jurídica. Admitindo, nas hipóteses, que um contrato é *civil* pelos fins civis, é *comercial* pelos fins comerciais e *administrativo* pelos fins públicos que a Administração persegue. Só pelo *fim,* no melhor entender, discrimina-se a natureza contratual.

Acordo de vontades, bilateralidade, criação de uma situação jurídica fazem um contrato e também o contrato administrativo. Quanto ao elemento causa, motivo, esse sim é o elemento essencial determinante do regime. Como nos demais contratos, não havendo nos administrativos vícios de consentimento e de capacidade, ficam presentes as condições de validade. Condições que, nos contratos públicos igualam-se aos contratos privados, diante de direitos e de obrigações.

Não foi sem razão que velhos eminentes doutrinadores (Alfaro, Abella, Delgado e Santamaria de Paredes), consideraram os contratos administrativos como acordos de direito privado, da mesma natureza dos contratos civis, embora sofridos com respeito à finalidade de disposições de figurado interesse público. De modo geral, sinalagmáticos e comutativos, genericamente os contratos administrativos, da administração ou feitos com a administração, são simplesmente contratos.

Não é pelo fato da participação do poder público, de vir celebrado com particulares que o contrato administrativo assume características específicas. Repito, o fim, a finalidade, é o essencial na figuração, na conceituação. Seja de obra pública, de fornecimento, de concessão ou de empréstimo, os fundamentos não escapam do acordo consensual, do que ficar estabelecido no pactuado entre as partes, sobretudo com respeito à natureza do serviço a prestar o conseguir.

Cabe aqui, de passagem, lembrar o Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967. Diploma no qual os princípios informativos ficaram formalizados fazendo direito positivo. Fundamentando critérios jurídicos para todos os tipos de contrato nas licitações, valorando a concorrência, a tomada de preços e o convite. Ressaltando a importância do "edital", instrumento de chamamento dos interessados, *lei* vamos dizer que virá a regular o processo licitatório na extensão dos fins.

Através do *edital,* ato jurídico-administrativo de manifestação de vontade, afirma a administração pelo interesse público sua posição de supremacia, impondo condições que passam a cláusulas exorbitantes do direito comum. É neste momento, precisamente, em razão das causas, que só o poder administrativo decide quando oferece serviços, não podendo fugir das prescrições legisladas, da norma adequada de comportamento e nem do que exigem as modalidades licitatórias.

As questões, a examinar, que surgem nas contratações administrativas, são aquelas de capacidade e de legitimidade, a *capacidade* dizendo na organização com a competência e a *legitimidade* com os fins de serviço público. Pela capacidade, igual à *competência,* as pessoas administrativas ativam-se desenvolvendo propósitos. Pela legitimidade, igual a *objeto-lícito,* a administração propõe e presta serviços.

No tocante a vícios, o mesmo que se passa com os atos administrativos (jurídicos), acontece com os contratos administrativos (soma de atos), bastando analisar as *formas* para chegar-se à fisionomia legal das contratações, tanto quanto aos elementos internos como nos efeitos externos, sendo de saber que os efeitos externos devem corresponder exatamente às obrigações assumidas e aos direitos conferidos.

Num regime jurídico natural, ordenado de garantias, está claro que a legalidade faz princípio fundamental, que a lei está na origem do ato permissivo do contrato. Não são somente pressupostos teóricos que atuam na formação dos contratos administrativos, sim fatores que, na realidade, dão-lhe conteúdo na especialidade. Ou condições, vamos dizer, que resultam na seguinte equação:

a) capacidade + legitimidade = competência contratual;

b) competência + objeto possível e lícito = capacidade contratual.

Desintegrando, à primeira vista, um contrato administrativo, temos:

a) a lei fundamentando a permitida manifestação de vontade;

b) a vontade manifestada através de pessoa jurídica administrativa;

c) a pessoa capaz na organização submetida a regime de competência;

d) a competência vinculada à natureza do serviço público a prestar;

e) o serviço lícito e possível integrado no interesse estatal administrativo;

f) o co-contratante particular aceitando as condições oferecidas;

g) o acordo consensual estabelecendo relações recíprocas nos direitos e nas obrigações;

h) a formalização e a conseqüente adjudicação da obra ou serviço.

A inexistência, ou a falta, de um dos seis primeiros elementos, invalida o contrato administrativo, tornando-o viciado e ineficaz. Quanto aos dois últimos, decorrem dos seis primeiros afetando o particular e comprometendo a administração. Regrando situações, só revisáveis pelo descumprimento do pactuado. Situações que só se tornam anuláveis diante da inviabilidade dos efeitos.

Num recente encontro, realizado em Mendoza, na Argentina, em outubro de 1977 (I Congresso Internacional e IV Jornadas Nacionais de Direito Administrativo), apenas uma grande preocupação dominou os debates e as teses apresentadas: a preocupação da perfeição na feitura dos contratos administrativos. Verificou-se lá, como eu mesmo constatei, uma profunda identidade no pensamento doutrinário e que as legislações basicamente não divergem uma das outras.

No campo próprio do direito administrativo, algumas colocações para mim merecem destaque (Guglielmo Roehrssen, Eduardo Soto Kloss, André de Laubadère, Alberto Ramón Real, Júlio A. Prat e Hector Jorge Escola), quando focaram características e diferenças, os vícios, os procedimentos valorativos e os quase-contratos, todas elas assentadas em critérios objetivos, em construções jurídicas inestimáveis do direito público moderno.

Uma tônica, todavia, pareceu-me de importância quanto à superação da via privativista, a de que as chamadas *cláusulas exorbitantes* não passam de um *velho ranço medieval* (Eduardo Soto Kloss), importando nas contratações públicas não a simples adesão do particular, mas a relação jurídica contratual, o objeto de tal relação vinculado diretamente à organização e ao funcionamento dos serviços públicos.

Contudo, na prática administrativa, sempre é bom ter em vista, afora os elementos integradores, um tipo de classificação,[9] que venha a clarificar metas finais ou a deslindar espécies ligadas à prestação dos variados serviços existentes.

[9] Veja Cassagne, Juan Carlos. Los contratos de la administración pública. In: *Estudios de derecho administrativo*. Buenos Aires, 1975, t. 1.

Já que distinções existem, as modalidades dentro do próprio gênero *contrato administrativo,* podem necessariamente abranger também em nosso direito:

a) os contratos de atribuição e de colaboração;

b) os contratos nominados na sua tipicidade;

c) os contratos interadministrativos.

Na primeira hipótese, dos contratos de atribuição e de colaboração, temos presente a substituição da administração pelo particular, o exercício de função especializada, a permissão para o uso de bens do domínio público, ou seja, o que o Estado possa atribuir ou necessitar de colaboração a fim de prover no interesse público tarefas administrativas pertinentes.

Nos contratos nominados sobressai o papel a cumprir pela administração e o contratante nas áreas específicas. Segundo a tipicidade, distingue-se a categoria. Lembre-se, aqui, as obras públicas e as concessões de serviço, aquelas atividades que o Estado transfere limitando a ação pública à natureza da gestão delegada.

Os contratos interadministrativos[10] fazem, quem sabe, uma novidade doutrinária, pois são os que se consumam com a participação de dois ou mais sujeitos estatais, sustentados por regime jurídico, no geral liberto de prerrogativas exorbitantes, já que o acordo afeta função pública e poder público administrativo.

Na boa orientação, os tais contratos interadministrativos[11] caracterizam-se por algumas notas diferenciadas, como:

a) dispensa de licitação no processo de seleção;

b) inaplicabilidade de sanções porque a participação é de órgãos ou de entidades estatais;

c) sistema hierárquico de solução dos conflitos;

d) superação das formas jurídicas costumeiras;

e) adoção de regras não conflitantes com a unidade programática do poder estatal.

Matéria nova, pelo menos na sua fixação conceitual, devido sobretudo à inexistência obrigatória de regulamentação, os contratos interadministrativos podem ser realizados vertical ou horizontalmente, ou seja, entre órgãos superiores e inferiores, entre órgãos do mesmo nível, entre o poder centrado e as entidades descentralizadas, empresas públicas, sociedades mistas ou fundações estatais.

10 Cassagne. op. cit. p. 39.
11 Id. ibid.

Convenhamos. Sejam quais forem, na organização política-administrativa as funções estatais, apareça o Estado sob que regime se componha, Estado econômico social e de direito, as técnicas jurídicas são as mesmas para a plena e normal satisfação das necessidades públicas.

Nos diferentes tipos de regime político, o que distancia um Estado de outro, são algumas evidências realísticas:

a) com respeito à extensão das prerrogativas de poder público a favor da administração;

b) no tocante ao ordenamento jurídico positivo ligado a leis e regulamentos;

c) no que diz com a harmonia entre o exercício dos direitos individuais e o poder estatal;

d) no que toca com os sistemas de garantias asseguradas aos administrados ou particulares.

Não é preciso dizer para saber: a ingerência do Estado na esfera econômica, industrial ou comercial, fazem das contratações públicas típicas atividades administrativas. Por outro lado, tendo de conceder para descentralizar serviços, nas concessões tem o Estado a única possibilidade jurídica de prestar certos serviços às comunidades.

Todavia, no direito posto, a questão mais crucial coloca-se no investigar:

a) se na verdade há o interesse público impondo a satisfação ou a execução privada de um serviço;

b) se na verdade a administração não pode satisfazê-lo ou executá-lo de maneira adequada e regular.

Como dúvidas podem ocorrer, já que o significado de interesse público sempre faz critério objetivo, compete ao analista na área de proteção ao ordenamento jurídico aproximar a idéia de *interesse* da idéia de *serviço,* esta última de conceito melhor preciso porque pelo objeto adquire caracteres lógicos geradores de obrigações administrativas.

O interesse público, ou geral, ou coletivo, na melhor terminologia, significa *bem comum,* de todos, de uma comunidade, de uma coletividade. Não há, no entanto, construção jurídica que possa com precisão dotá-lo de substantividade sem admitir subjetividade decisória. Deixando larga margem para o arbítrio, a discricionariedade, a especulação nas gestões onde a administração em nome da lei planifica e, em decorrência, autodetermina-se.

O mesmo não acontece com a noção de serviço público, sobretudo quando harmônica com a necessidade de fazer ou de realizar, tão-somente porque o critério *serviço público* tem suporte num fato concreto, explica-se pela prestação que repercute em reais valores materiais administrativos ou econômicos.

No regime contratual, por isso, uma vez estabelecido, influem nas relações jurídicas, fatores que aparecem incidentais da *revisão* para assegurar o equilíbrio econômico-financeiro resultante da *imprevisão,* do *factum principis* ou de maiores custos, sem quebra porém e nem violentação do pacto consensual.

Lamento, por impossível, numa só palestra informal, não poder adentrar toda a ampla problemática dos contratos administrativos. Lembrem, como o fiz de início, a vasta bibliografia existente. O tema, pela importância prática, está a exigir não uma aula, não uma conferência, mas a atenção de um simpósio por inteiro. Haja vista o Congresso Internacional (Mendoza, 1977) recém-realizado na Argentina.

Observem, a título de esclarecimento, que as licitações hoje em dia, constituem "princípio geral de direito positivo",[12] antecedendo a figura do contrato "quando do mesmo derivem gastos, inversões ou saída de recursos", não carreando as exceções infringência das regras gerais, já que previstas condicionam a administração.

De plano, em face da legislação, a doutrina e a moralidade na administração, o que se quer nos contratos administrativos nada mais é que isto:

a) que assegure, diante de cláusulas explícitas, uma execução efetiva, regular e eficiente dos serviços públicos;

b) que o menor ou o melhor preço seja aquele ajustado às condições e necessidades do serviço;

c) que a concorrência venha ampla e as ofertas correspondam às obrigações que se pretendam assumir;

d) que as propostas-ofertas obedeçam todas as exigências técnicas com respeito ao objeto do contrato;

c) que no julgamento o mérito fique apreciado em razão de antecedentes éticos, econômicos, técnicos e financeiros.

Nos contratos administrativos, os critérios enunciados tal como se apresentam numa escala de valores ponderados, dão a garantia da escolha da oferta mais vantajosa, da proposta que puder ser não a de menor preço. O papel da administração, no ato de apreciar e depois julgar, não tem nenhuma vinculação com a supremacia do poder público, *supremacia* que desaparece em virtude do consenso entre partes.

Antes de concluir, vale lembrar aqui algumas indagações de distinto administrativista chileno,[13] lançadas como observações em busca de respostas·

[12] Real, A. Ramon. op. cit. p. 11.

[13] Kloss, Eduardo Soto. *Contratos de la administracion.* Mendoza, 1977.

a) cabe falar de uma teoria geral sobre contratações administrativas?

b) cabe falar de princípios gerais em matéria de contratos administrativos?

c) cabe falar a nível nacional, supracional e no direito comparado em contratos com a administração?

Sinceramente, estudando a doutrina, examinando a legislação e a prática administrativa, respondemos afirmativamente. Bastam para pleno convencimento jurídico, para a própria ciência do direito, dois elementos fundamentais: o da participação do poder público como parte no acordo pactuado e a finalidade pública de serviço a prestar. Os dois elementos, por si sós, fazem a categoria contrato administrativo.