OS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Carlos Roberto Pellegrino*

1. Notícia introdutória. 2. A experiência italiana. 3. A experiência francesa. 4. O regime jurídico dos contratos administrativos. 5. A teoria do "fato do príncipe". 6. A teoria da imprevisão. 7. A jurisprudência.

1. *Notícia introdutória*

1.1 Histórico

Os contratos da Administração Pública, nas duas espécies consagradas pelo direito brasileiro — contratos administrativos e contratos privados da Administração —, encontram suas raízes em certos passos da história do Estado francês, cujas doutrinas administrativas influenciaram substancialmente o pensamento jurídico das nações da assim chamada família romano-germânica.

Esta dicotomia constitui-se na base da concepção doutrinária, na medida em que não houve o desenvolvimento de teorização geral dos contratos de Administração. Ocorreu sim a teorização específica quanto a certos contratos da Administração, e que escaparam às regras gerais do Direito Privado — teoria dos contratos administrativos.

Para acompanhar a evolução dessa doutrina, é indispensável compreender alguns fatos decisivos na formação do Direito Administrativo, aqueles que, em verdade, inspiraram o surgimento da jurisdição administrativa francesa.

As câmaras jurisdicionais especializadas em matéria administrativa remontam a períodos anteriores à Revolução Francesa. O Antigo Regime, com efeito, contemplava órgãos, tais como *Cour de aides, Chambres de Comptes* ou *Jurisdiction des eaux et forêts.* O fundamento político da criação desses órgãos estava em que, para vencer os obstáculos postos pelo Parlamento à sua ação admi-

* Docteur d'État; Professor na Universidade de Brasília.

nistrativa, o rei incumbia os seus delegados do julgamento de diversos litígios dessa natureza.

Instaurada a Revolução, e difundida a idéia da tripartição de "poderes", sistematizada por Montesquieu, surgiu a dúvida acerca da possibilidade ou mesmo a conveniência político-administrativa de se conferir ao Judiciário a atribuição de julgar os atos do Executivo. Temia-se que essa nova responsabilidade conferida ao Judiciário pudesse ser tida como intromissão indevida na esfera de atribuições deste último.

O receio do Parlamento do Antigo Regime de que o Judiciário viesse assumir uma tal postura de oposição e de ingerência levou a que se mantivesse a tradição do juiz administrativo, é certo que com algum aperfeiçoamento que mais tarde adveio da especialização (a separação entre administrador-ativo e administrador-juiz, dentro do próprio Executivo).

Para ilustrar o entendimento dominante àquela época, interessa reproduzir alguns dos textos legais que afastavam do Judiciário o exame dos atos da Administração:[1]

"Loi des 16-24 août 1790: "Les fonctions judiciaires sont et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfatuire, troubler de quelque manière que ce soit les operations des corps administratifs, ni citer devant eux des administrateurs pour raison de leurs fonctions."

Loi du 16 fructidor an III: "Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'aministration, de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit."

A mesma necessidade de excluir tanto quanto possível a atividade administrativa do controle dos tribunais ordinários (aqueles que integravam o "Poder" Judiciário) manifestou-se no tratamento dos contratos administrativos, como demonstram Palasi e Ezcurra:[2] "Como se ha indicado, la figura del contrato administrativo tiene un origen procesal que se manifiesta ya en la pugna entre el poder judicial y el administrativo a finales del siglo XVIII. Esta pugna será heredada por el constitucionalismo dando lugar a sucesivas sustracciones a la competencia de los tribunales ordinarios en beneficio de Tribunales y Consejos especiales, cuyos poderes jurisdiccionales aparecen inicialmente concretados en la facultades de los intendentes y del Consejo del Rey. Tales atribuciones de competencias se realizarón, en un principio, através de disposiciones aisladas que la Administración irá dictando a medida que aumenten sus competencias y actividades, cuidando en todo momento de evitar que éstas se vean interferidas por los Tribunales ordinarios. De-

[1] Rivero,, *Droit administratif*, p. 139.
[2] *Princípios*... t. 3, *Contratación administrativa*, p. 9.

bido a ello, en casi todas la reglamentaciones se insertará una cláusula con el seguiente tenor literal: "Ordena además S.M. que todas las contestaciones a que dé origen la ejecución de este acuerdo y sus circunstancias y consecuencias se lleven ante el intendente, para que éste las resuelva, quedando a salvo la apelación ante el Consejo y prohibimos a nuestros Tribunales entender en estos asuntos".

Ahora bien, cabe preguntarse porqué esas reservas de competencias? Que había de sustantivo en esas relaciones juridicas reservadas que provocara sua partición jurisdiccional? La cuestión se conecta a los orígines mismos del Derecho administrativo moderno y, en concreto, a la ya aludida distinción entre actos de autoridad *y actos de gestión.* Esta distinción, de origen remoto, aparece formulada en Francia, bajo la doble expresión de "actes de puissance publique" y "actes de gestión". En los primeiros, la Administración actúa como titular del poder público, dotada de su *imperium,* revestida de soberanía; en los segundos se despoja de su poder, se pone a nivel de lo sparticulares, y actúa como simple sujeto de derechos."[3]

Essa distinção entre atos de império (ou de autoridade) e atos de gestão serviu, posteriormente, para inspirar o regime de partição de competências em matéria administrativa. Ao juiz administrativo cabia examinar os primeiros, ou seja, os atos de autoridades por excelência, enquanto que ao Judiciário eram submetidos os últimos, pois esse entendimento não foi suficiente para sustentar a dualidade em bases científicas. A necessidade política de excluir certos contratos da apreciação judicial obrigou a um desvirtuamento da doutrina, o que também é assinalado por Palasi e Ezcurra:[4] "Pero volvamos a la distinción entre actos de autoridad y actos de gestión en los comienzos mismos de la Revolución Francesa. La distinción es inicialmente clara y la partición jurisdiccional de la actuación administrativa que lleva consigo tambien. Sin embargo, entre las situaciones contractuales en que la Administración es parte, hay tres que van a presionar para que, pese a ser actos de gestión, queden inmunes a la jurisdicción ordinaria. Estas tres situaciones son: los contratos de — suministro al Ejército, la venta de bienes nacionales y los contratos o concesiones de obras. En todos ellos se pretende una estabilidad que no se vea comprometida por posteriores revisiones judiciales, ya que de ser residenciables los contratos ante los Tribunales ordinarios — integrados en su mayoría por elementos del antiguo régimen — estos se veríam revisados, frustrándose así, la desamortibación, que constituía un propósito

[3] "Comme un particulier pourrait le faire dans l'administration de son patrimoine" — frase de Berthelemy.
[4] Palasi § Ezcurra. op. cit. p. 2-12.

político esencial para la destrucción del antiguo régimen. Es aí como estos contratos, no obstante su naturaleza fundamentalmente civil, se atribuyen a conocimiento de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ya desde los primeiros años post-revolucionarios y especialmente en el período napoliónico. El caráter excepcional de esta atribución se patentiza tanto en las disposiciones legales como en las decisiones de la jurisprudencia de las que se deduce que los contratos que celebra la Administración no son considerados como actos de Administración sino meros actos de gestión. Paradójicamente, pues, el contratos administrativo encontrará el fundamento que justifica su origen (exclusión de los Tribunales Ordinarios) en um timpo de actos, como son los de poder, que por su propia esencia no dan lugar a la producción de contratos. Sin embargo, la explicación de esta anomalía es sencilla si se tiene en cuenta que lo importante en este primer momento no consistía tanto en justificar na naturaleza contractual de esta clase de actuaciones como en su fiscalización por Tribunales administrativos especiales, para lo cuál era necesario apoyarse en los actos de poder y no en los de gestión."

Nasce, assim, o contrato administrativo com os traços essenciais e específicos que até hoje o caracterizam, ao menos em seu país de origem: vinculação ao contencioso administrativo, conteúdo derrogatório do direito comum e possibilidade de que, segundo a vontade do legislador, qualquer pacto da Administração Pública adquira essa natureza, à míngua de critérios suficientemente precisos e estáveis para uma definição por parte da doutrina.

Conquanto imperfeita, a fórmula mereceu entusiástica acolhida em grandes centros culturais europeus, como Itália e Espanha, antes de vir a ser divulgada às ordens jurídicas latino-americanas.

É evidente que, a cada país, a doutrina vai assumindo feição peculiar, daí a explicação para alguma divergência de enfoque entre franceses e italianos, como adiante será visto.

1.2 A essência do contrato e a intervenção do Estado. A questão doutrinária do direito comparado

Surgida de circunstâncias históricas nem sempre assemelhadas em todas as ordens jurídicas que se propõem a estudá-la, a teoria do contrato administrativo foi e continua a ser alvo de impugnação e, principalmente, de adaptações para ajustá-la às idéias dominantes a cada parte.

Na verdade, a própria existência de contrato firmado pela Administração foi objeto de severa crítica, em particular na Alemanha do início deste século, por uma corrente dita "negativista" conduzida por Otto Mayer.

Certo, porém, é que a maior parte da controvérsia em torno da possibilidade do contrato da Administração Pública resultou de perspectivas divergentes acerca da própria noção de contrato, no âmbito da Teoria Geral do Direito.

Assim, a par de alguma discussão acerca do conceito daqueles elementos geralmente aceitos para definir o contrato (como o acordo de vontades, as obrigações recíprocas e a produção de certo efeito desejado pelas partes), a inserção de outros elementos, segundo cada noção particular de contrato, acirrou o debate acerca da compatibilidade do instituto com a presença do Poder Público num dos pólos da relação jurídica.

Mario Gallo[5] dá conta de alguns pontos a cujo respeito se estabeleceu a controvérsia:

1. A posição de desigualdade existente entre a vontade da Administração Pública, dotada de supremacia, e a do particular, o que conduziria ao desvirtuamento da relação contratual, que pressupõe a equivalência de vontades e o desenvolvimento do negócio em estrita obediência à igualdade das partes.

2. O caráter de monopólio, e não de livre concorrência, que inspiraria o contrato de direito público (o qual, no Brasil, diz-se contrato administrativo).

3. A predeterminação, por lei ou por ato administrativo regulamentar, do conteúdo da relação contratual, pelo que a vontade particular se reduziria a simples ato de adesão.

4. A identificação do objeto com uma coisa não-comerciável (função pública, serviço público, etc.).

Para Massimo Severo Gianini,[6] a tese sobre a ação de desigualdade peca de certo modo por excesso de abstração.

A desigualdade resulta da própria supremacia da Administração Pública, mas, exatamente por isso, é plenamente compensada por mecanismos implicitamente contidos no pacto, como o equilíbrio econômico e financeiro ou o dever de indenizar.

Além disso, as relações contratuais privadas estão repletas de semelhantes "deformações", vale dizer, de fenômenos que, embora não se enquadrem fielmente numa concepção ortodoxa de contrato, são admitidos como exceções que não desnaturam o instituto. Neste sentido, por exemplo, a vontade "enfraquecida" do patrão em face da vontade do empregado, em diversos aspectos do contrato individual de trabalho (pacto que pode surgir sem qualquer manifestação de vontade do empregador).

[5] Contratto di diritto pubblico, *in Novissimo Digesto Italiano.*
[6] Giannini, *Diritto amministrativo,* Giuffré, 1970.

É de ser ainda notado que as cláusulas exorbitantes, ou legais, presumem-se de antemão conhecidas pelo particular que contrata com a Administração Pública. A sua vontade, assim, é de celebrar o acordo, sem embargo de todas as peculiaridades.

Monopólio e adesão, de outra parte, representam características não raro presentes nos contratos privados, particularmente a última, em face da crescente intervenção legislativa do Estado no campo das relações contratuais de direito comum.

Já a peculiaridade do objeto, que constitui um *objeto público*, de que só a administração pública dispõe — porque reflete a chamada potestade administrativa pública[7] —, é algo que apenas diferencia o contrato da Administração, mas que não exclui a sua natureza contratual. De qualquer forma, porém, o objeto daquele contrato não é, via de regra, "não-comerciável" ou indisponível entre particulares; é apenas impossível em contratos privados, porque estranho à esfera de disposição dos particulares.

Por causa dessa contestação, a corrente negativista reúne, hoje, poucos adeptos. As teses muitas vezes são outras, como aquela que pretende justificar a ausência de contrato da Administração ao argumento de que o ente público (agindo em prol do interesse coletivo) somente pode emitir declarações de vontade, às quais o particular adere para a formação ou eficácia do ato, mas nunca para a produção de efeitos jurídicos próprios advindos de um acordo, já que a vontade pública não pode fazer concessões em face da vontade do particular, gerando obrigações em favor deste último.

Trata-se, ao que parece, de uma divagação que fecha os olhos à realidade das coisas, porquanto a Administração usualmente contrai deveres e obrigações, sem prejuízo das suas finalidades, visto que é no interesse público que tais encargos são assumidos.

Feitas essas considerações, é oportuno tecer breve comentário sobre o estado atual da doutrina dos contratos da Administração Pública na Itália e na França, e em especial sobre os critérios utilizados para classificá-los, pois, como já se demonstrou, a distinção entre as modalidades de contratos do Poder Público é a base de toda a doutrina.

2. *A experiência italiana*

Giannini, seguindo entendimento que parece majoritário na Itália, vê três espécies de contratos firmados pela Administração Pública:

[7] Id., ibid., p. 500.

1. Contratos ordinários, ou de direito comum, como vendas, locação ou fornecimento (*contratti di somministrazione*, que na França têm similar nos *marchés de fournitures*, os quais, todavia, ali são contratos administrativos típicos) que a Administração pode celebrar sob as regras do direito privado, como se um particular fosse. É admissível, nessa categoria, até mesmo a criação de formas contratuais mistas ou inominadas.

2. Contratos especiais (para alguns, "administrativos"), que são aqueles dotados de específica disciplina legal para o Poder Público. Exemplo: contrato de empreitada pública, que tem regulamentação própria, diversa da empreitada civil.

3. Contratos de objeto público, ou de direito público, que são os resultantes da chamada potestade pública da Administração, conjugada com um ato de submissão do particular.

Nesse caso, a Administração emite um ato administrativo típico, cujos exemplos mais citados são a concessão de serviço público, a concessão de uso de bem público, e o contrato constitui um complemento necessário, seja para a própria existência, seja para uma certa alternativa de realização do ato (o exemplo dado, nessa hipótese, é o que os italianos chamam *convenzioni di piano,* com relação às *convenzioni urbanistiche*).

Essa é a modalidade que mais despertou discussão naquele país, à medida que não faltaram aqueles que (como Cammeo e, principalmente, Ranelletti), formulando tese semelhante à da doutrina negativista, julgavam ser impossível a conjugação do exercício da soberania (a noção de *potestá,* muito desenvolvida no Direito Administrativo Italiano) com o exercício do direito subjetivo do particular.

O ato do particular, segundo essa concepção, seria apenas condição de *eficácia* ou de *legitimidade* do ato administrativo, quando houvesse exigência legal de acordo (*intesa*) posterior ou anterior à emissão deste último.

É como sustenta, modernamente, Pietro Virga,[8] ao contestar a possibilidade de fusão de faculdades heterogêneas, como são o poder público (da administração) e o poder dispositivo (do particular), de tal sorte que apenas este último contrairia, de fato, obrigações ou cederia direitos reais.

Embora essa corrente tenha sido acolhida pela legislação em setores específicos, como na relação de *pubblico impiego* (a tradução para o português não deve ser *emprego público,* dado que a vinculação é de natureza estatutária), onde a aceitação do cargo é considerada enquanto complemento da

[8] Verbete: Contratto, diritto amministrativo, *in Enciclopédia del Diritto.*

nomeação e retroage ao momento desta, a orientação dominante contempla a figura do contrato de direito público, nada obstante o seu feitio *sui generis*, em face da supremacia da Administração.

É importante observar que há na Itália institutos denominados *contratti ad evidenza pubblica* que não formam categoria à parte, contraposta àquelas que foram examinadas.

Cuida-se de disciplina jurídica que pode ser aplicada a qualquer um dos três tipos de contrato, e que foi concebida com o propósito de cercar de maior controle a celebração de contratos pela Administração Pública.

A rigor, os contratos inseridos nessa disciplina obedecem a dois procedimentos distintos: um, natural, de celebração do pacto; e outro, paralelo, mediante o qual a autoridade que o celebra presta esclarecimentos a outra autoridade, que exerce o controle, sobre os motivos de interesse público que conduziram ou vão conduzir à formalização do contrato, inclusive no que diz respeito ao contrato escolhido.

Originalmente concebido como procedimento de caráter geral, o instituto foi paulatinamente perdendo seu alcance, na proporção em que normas legais abriram exceções à sua aplicabilidade e as partes criaram engenhosas formas de burlar essa disciplina. Hoje, aplica-se essencialmente aos contratos do Estado. É possível que a sua operacionalidade se tenha tornado muito pesada para as diversas entidades administrativas, daí a sua pouca utilização.

Para finalizar este tópico, convém assinalar que os autores italianos não vislumbram diferença radical de regime jurídico entre os diversos tipos de contratos firmados pela Administração Pública. A *evidenza pubblica* é um bom exemplo disto. Na verdade, considera-se que certas regras comuns atingem o pacto pela simples presença da Administração, e do interesse público — ainda que mediato ou indireto — que ela deve perseguir.

3. *A experiência francesa*

A doutrina francesa, que muito inspira o Direito administrativo brasileiro, contempla duas figuras básicas: o contrato administrativo e o contrato privado da Administração.

Sob o primeiro conceito abrigam-se indiferentemente os contratos com disciplina legal específica para o Poder Público (contratos especiais, para os italianos), chamados "contratos administrativos por determinação da lei", e aqueles em que a Administração manifesta a sua supremacia, ou autoridade, e gera uma situação de desigualdade entre as partes contratantes (idéia que muito se aproxima daquela do contrato de direito público, na Itália).

O contrato privado da Administração é aquele firmado pela Administração sob as regras do direito comum, como nos contratos ordinários do direito italiano.

A distinção tem por motivação histórica, aliás já referida: o propósito de excluir certos contratos de controle pelo Poder Judiciário.

Eis porque, até hoje, na França, a investigação do regime jurídico aplicável ao contrato tem o seu elemento decisivo na determinação legal da competência: o contrato é administrativo porque alguma lei submete expressamente à jurisdição administrativa o seu eventual controle, independentemente da matéria ali versada.

Essa perspectiva, que parece inverter a ordem natural das coisas, é alvo da preocupação do jurista francês, que está continuamente procurando sistematizar a teoria em bases científicas, daí as diversas teses que surgiram ao longo do tempo, para identificar o traço essencial do contrato administrativo.

É evidente que o móvel político não se transmuda em critério lógico-jurídico de um momento a outro, pelo que se explica a controvérsia ainda existente sobre a matéria, após decênios de meditação.

O ponto de partida das novas reflexões, além disso, ainda repousa na concepção de que os atos da Administração não são todos iguais, e de que alguns deles, por representarem manifestação de supremacia, devem estar sujeitos à jurisdição administrativa. Isto é pacífico na França e praticamente se confunde com a própria noção de direito administrativo naquele país.

A partir daí, a doutrina e a jurisprudência do Conselho do Estado desenvolveram, particularmente no último século, doutrinas voltadas para extrair de elementos do próprio contrato algo que identificasse a posição de supremacia da Administração na relação jurídica, e, por conseqüência (não mais como causa), a competência do juiz administrativo.

Surgem, assim, as investigações voltadas para o regime jurídico do contrato, com o objetivo final de identificar aqueles índices de supremacia necessários a caracterizá-lo como administrativo.

Não importa, no momento, discorrer sobre essa análise do regime jurídico, o que será feito adiante. Interessa, tão-somente, assinalar que dois critérios (ou índices) obtiveram ampla aceitação para identificar o contrato administrativo: a execução do serviço público e a cláusula exorbitante, ora alternativamente, ora cumulativamente.

Depois de períodos históricos em que cada um deles exerceu preponderância, a jurisprudência atual do Conselho de Estado tende a admitir que há contrato administrativo desde que uma das partes seja pessoa de direito público (ou, excepcionalmente, pessoa de direito privado incumbida da execução de obras públicas, ou mandatária de pessoa pública) e que se observe um dos dois critérios alternativos:

1. Ter como objeto, na dicção de Rivero, *l'execution même* do serviço público, vale dizer, a execução do próprio serviço, e não de serviço auxiliar.

2. Conter uma cláusula exorbitante de direito comum.

A inserção deste último elemento, com força suficiente para imprimir regime peculiar ao contrato, é algo que cria acirrada polêmica, como se verá.

4. *O regime jurídico dos contratos administrativos*

Examinou-se o delicado trabalho de delimitação das fronteiras existentes entre os contratos administrativos e os contratos de direito comum, à vista dos critérios de identificação revelados pela doutrina francesa deste século, haurida na jurisprudência do Conselho de Estado, e de onde o sistema jurídico brasileiro recebeu a noção de contrato administrativo, tributário que é do direito francês.

Superando as idéias de Duguit, para quem inexistia diferença de fundo entre os contratos privados e os contratos administrativos celebrados pelo Poder Público — estes últimos caracterizados pela finalidade de serviço público em vista da qual são celebrados —, a doutrina francesa propendeu, notadamente em Jèze, para o princípio de que existe entre os dois tipos de contrato uma diferença intrínseca derivada da diversidade de efeitos jurídicos decorrentes de cada um deles. Para Jèze, o que dá matiz peculiar aos contratos administrativos é o fato de se submeterem a um conjunto de regras especiais que determinam efeitos jurídicos peculiares, embora seja verdadeiro — e Jèze o reconhece no pensamento de Duguit — que as regras especiais dos contratos administrativos têm por finalidade assegurar o bom funcionamento do serviço público.

Há um vínculo indissociável entre a idéia de funcionamento regular e contínuo do serviço público, pedra angular de toda a teoria dos contratos administrativos, e regime especial de direito público; vale dizer, o contrato está de tal modo relacionado com o funcionamento do serviço público que enseja, pela própria natureza do serviço, o regime especial que derroga as regras de direito comum.

Efetivamente, no século XIX, consagrou-se o princípio de que o contrato administrativo é aquele que concerne à organização e ao funcionamento do serviço público. Assim, a noção do contrato administrativo foi construída a partir da idéia de serviço público, de modo que o nexo existente entre contrato administrativo e regime derrogatório do direito civil se afirmava em face da participação no serviço público.

No início deste século, entretanto, o critério proveniente da previsão, em contrato celebrado pela Administração, de cláusulas exorbitantes do direito comum, foi posto em relevo pela jurisprudência do Conselho de Estado, em França.

Por cláusula exorbitante entendia-se não apenas aquela que, em sentido literal, não pudesse figurar, por ilegal, em contrato de direito comum, quer dizer, insuscetível de ser consentida na órbita das leis civis, mas assim também a que, embora sem contrariar a ordem pública, por ser bastante incomum raras vezes é inserida em contrato civil. As cláusulas exorbitantes do direito comum portariam a "marca administrativa", no sentido de que surgem inspiradas por considerações de interesse geral, consoante lição do Conselho de Estado, que nos é transmitida por André de Laubadére. Também para George Vedel, a maior parte das cláusulas a que a jurisprudência imprime o caráter de exorbitante não são necessariamente ilícitas em um contrato regido pelo direito comum, mas simplesmente pouco usuais.

O retorno vitorioso do critério ligado à noção de serviço público, apenas ocorre em meados deste século. Embora sem abandonar o critério da cláusula exorbitante, a jurisprudência aos poucos emprestou-lhe primazia, ao passo que as estipulações exorbitantes adquiriram caráter subsidiário.

Consagrou-se o critério alternativo do contrato administrativo, distinguindo-se entre contratos submetidos em sua totalidade a um regime de direito público, em face de seu objeto estar diretamente ligado às exigências do serviço público e os contratos que, embora desprovidos de relação com o serviço público, comportem uma cláusula exorbitante.

Segundo os teóricos da cláusula exorbitante, as estipulações contratuais tendo por objeto submeter os particulares a obrigações estranhas, por sua natureza, àquelas passíveis de serem livremente consentidas, nos quadros da lei civil, se previstas em ajustes celebrados pela Administração, revelariam a intenção das partes de colocar-se sob um regime de poder público. Esse o entendimento de Amselek, revela em artigo publicado em 1983, sob o título "La qualification des contrats de l'Administration par la jurisprudence", e que é examinado por Jean-Marie Rainaud.[9] A cláusula exorbitante exprime a escolha deliberada das partes de celebrar um contrato administrativo, afirma Amselek, devendo o elemento subjetivo ser perquirido pelo juiz. Destarte, para esse estudioso, as partes são livres para submeter o contrato ao direito público ou direito privado e sua escolha se manifesta pela presença ou falta de cláusula exorbitante dos quadros do direito comum.

[9] Le contrat administratif: volonté des parties ou Loi de Service Public? *in Revue du Droit*, n.° 5, 1985.

Com a revalorização da noção de serviço público, o fundamento subjetivo, revelado pela presença ou inexistência de cláusula exorbitante, passou a ser posto em questão pela doutrina. A vontade das partes deve ser apreciada em função das exigências do serviço público, afirma Jean-Marie Rainaud, para quem a cláusula exorbitante não pode ser o primeiro critério do contrato.

Com efeito, a valer o princípio de que a cláusula exorbitante é o indicador da vontade das partes, o regime jurídico do contrato não poderia escapar desta mesma vontade, devendo o juiz, na interpretação do ajuste, considerar os efeitos a partir da vontade das partes e não ultrapassá-la. Entretanto, isso não acontece, adverte Rainaud. A mutabilidade do serviço implica o poder de modificação unilateral do contrato, a indenização de imprevisão, o poder de sanção, irrelegáveis pela Administração e que, por isso, existem fora das estipulações contratuais. O princípio reitor da atividade administrativa, assenta o estudioso, é ainda o da continuidade do serviço público.

Cumpre concluir, de conseqüência, que na interpretação, validade e execução do contrato administrativo a noção de serviço público é dominante, devendo-se ir além das estipulações contratuais, segundo a mais recente doutrina francesa. Para Jean-Marie Rainaud, a cláusula exorbitante origina um regime que a ultrapassa e, por isso, o juiz não lança senão uma olhadela furtiva nas estipulações contratuais.

Essa assertiva quer significar, em conclusão, que o critério cardeal para a identificação do regime aplicável haverá de ser o da relação do contrato com o serviço público, ainda na linha de idéias desenvolvida pelo doutrinador, ao passo que a cláusula exorbitante seria um simples elemento complementar às regras gerais especiais que asseguram à Administração prerrogativas próprias que transbordam os quadros do direito comum, decorrentes da presença do serviço público.

Essa colocação teórica, usualmente aceita pela doutrina, em especial pelo estudioso do direito pátrio, apresenta extensão mais estreita do que aparenta. Se é inerente à idéia de serviço público a mutabilidade à qual se deve afeiçoar o contrato administrativo, conferindo ao Poder Público uma série de prerrogativas, sem equivalentes nos contratos privados, é preciso, de outro passo, assegurar a natureza comutativa e sinalagmática do avençado, preservando-se a intangibilidade da situação financeira do contratante. A onipotência da Administração encontra freio no direito fundamental do contratante que pactua com o Estado. O particular não está nas mãos da Administração: "o que ele perde em teoria (jurídica), ele ganha em realidade (financeira)", ainda no magistério de Jean-Marie Rainaud.

Este estudo sumário do sistema autoriza a convicção da absoluta influência entre nós exercida pelas construções da jurisprudência francesa em teoria de contrato administrativo, através da chamada mutabilidade do contrato de

direito público como forma de garantia à continuidade do serviço público e à plena satisfação do interesse coletivo. A teoria fundamental da cláusula exorbitante, configurando um regime especial de direito público, não encontra outra concepção no direito brasileiro. A noção de estabilidade financeira do contrato, reverso da medalha das prerrogativas de potestade da Administração, é acolhida pelo direito brasileiro, tal como na construção da jurisprudência francesa.

4.1 Formação do contrato administrativo

4.1.1 *Limites à liberdade contratual da Administração*

Quando se fala em regime de direito público aplicável aos contratos administrativos, isso quer significar que, em face da finalidade de serviço público buscada pela Administração, este é o regime preponderante. Em matéria de execução, cumprimento e extinção do contrato que concerne à organização e funcionamento do serviço público, como será visto a seguir, relevam-se, com maior clareza e em maior número, os elementos originais dos contratos administrativos.

Entretanto, respeitante às normas relativas à formação do contrato, o regime comum a todos os ajustes celebrados pela Administração é o direito público, seja qual for a finalidade perseguida pelo Poder contratante.

Com efeito, toda a atividade contratual da Administração é de caráter administrativo, no sentido de que o interesse público está sempre presente em qualquer contrato da Administração, quer sejam públicos, quer sejam privados, como condição necessária de toda a atividade administrativa. Por isso é pertinente a afirmativa de que os contratos privados celebrados pelo Poder Público tem, na realidade, um regime misto de direito público, no que diz com as normas relativas à formação do contrato, e de direito privado, em matéria de execução, cumprimento e extinção do ajuste.

Não se pode admitir que a Administração celebre contratos que venham a se mostrar contrários ao interesse público. Os ajustes devem pautar-se, necessariamente, pelo princípio da moralidade e probidade administrativa. Daí porque todos os contratos realizados pelo Poder Público se regem por certo número de regras comuns concernentes à competência do agente público, decorrente de leis e regulamentos, de procedimento administrativo a seguir, relativas às formalidades prévias requeridas para certas relações contratuais, às previsões orçamentárias, ao controle fiscal externo e o obrigatório princípio da licitação, salvo nos casos excepcionais de dispensa e inexigibilidade, para a

seleção do melhor serviço, nas condições mais favoráveis, preservando tanto a economicidade quanto a qualidade das prestações.

4.2 Execução do contrato administrativo

4.2.1 *As prerrogativas da Administração*

É na fase executória dos contratos administrativos, com a realização de seu objeto, que surgem com maior nitidez os inconfundíveis elementos caracterizadores da autonomia e originalidade dos contratos administrativos, particularismo fácil de se compreender diante do traço de continuidade que marca a dinâmica dos serviços públicos.

O regime especial de direito público dos contratos administrativos consiste, de início, na derrogação do princípio de que o contrato constitui-se lei imutável entre as partes. O caráter exorbitante que introduz natureza administrativa confere ao Poder Público uma congérie de prerrogativas que revelam a participação da Administração no contrato com supremacia de poder. O regime exorbitante, que transborda dos quadros do direito privado por imposição da necessidade de garantia do serviço público, decorre não só de estipulações contratuais expressas, mas é também consectário da própria natureza do contrato ou ainda deriva de determinação de lei.

As cláusulas exorbitantes podem consignar as mais diversas prerrogativas, no interesse do serviço público. Representam poderes da Administração de alteração e rescisão unilateral do contrato, fiscalização e controle de sua execução, aplicação de penalidades, inoponibilidade da exceção do contrato não-cumprido, que imprimem ao contrato administrativo a marca do direito público.

Ainda que não prevista em lei ou consignada em cláusula contratual, constitui preceito de ordem pública a possibilidade de modificação e rescisão do contrato administrativo, irrelegável pela Administração.

O particular, quando contrata com a Administração, sujeita-se à faculdade do Poder Público de modificar, em maior ou menor grau, a extensão de suas prestações, não podendo a ela opor-se, pois ao pactuar não adquire direito à imutabilidade do contrato.

Esta particularidade representa uma das regras especiais mais marcantes do contrato administrativo, encontrando seu fundamento nas exigências do serviço público que, sendo mutáveis, exigem rápida adaptação para que a Administração melhor realize seus cometimentos. A tangibilidade das estipulações regulamentares e de serviço não constitui prerrogativa ilimitada. Ilegítima será sua imposição quando por ela se pretenda obrigar o contratante

a uma nova obra, serviço ou fornecimento. Ainda, o poder de modificação não poderá alcançar as cláusulas financeiras no contrato convencionadas a favor do particular, porque, se com efeito são legítimas as alterações que interessam ao funcionamento do serviço público e põem em jogo suas necessidades, por outro lado, se a situação do contratante pudesse ser agravada sem mais, "a administração não encontraria particulares que se dispusessem a contratar com ela; assim, este interesse é compensado pela regra essencial do direito do contratante a uma indenização pelas novas obrigações que lhe são impostas e que romperam o equilíbrio financeiro do contrato" (Laubadère). Essa contrapartida é essencial: não se sacrificará o direito do contratante. Daí dizer-se que a verdadeira cláusula contratual na textura do ajuste é a equação financeira, que assegura a comutatividade inerente a todo contrato, estabelecendo proporcionalidade entre encargos assumidos e a remuneração originalmente avençada.

A rescisão unilateral encontra fundamento idêntico, podendo ocorrer tanto por inadimplência do contratante (rescisão — sanção) como por interesse público na cessação da normal execução do contrato. Mas "se o juiz constata a irregularidade de uma rescisão, não poderá pronunciar a anulação do contrato — pois que a rescisão é sempre possível da parte da Administração — mas somente reparar as perdas e danos sofridos pelo contratante lesado" (G. Vedel). Para Laubadère, o distrato unilateral constitui para a Administração o exercício de uma competência discricionária. Doutrinadores pátrios assentam, ao revés, que a rescisão pressupõe justa causa e, destarte, constitui ato vinculado ao motivo que a norma legal ou as estipulações das partes estatuam para dar causa à rescisão.

Frente ao contratante, tem ainda a Administração o poder permanente de direção e controle dos contratos que celebra, supervisionando e intervindo na execução das prestações. Esta cláusula insere-se em qualquer contrato administrativo de forma expressa ou implícita porque existe "por princípio", no dizer de Marienhoff.

Como corolário deste princípio dispõe a Administração do poder de aplicar penalidades contratuais ou outras sanções legais não previstas no ajuste, sem o que seria inócuo o acompanhamento da execução contratual. Essas penalidades decorrem da inexecução, retardo na execução, cessão não autorizada, execução imprópria, e em geral compreendem advertências, multas e até rescisão unilateral pela Administração, além da suspensão provisória e da declaração de inidoneidade para contratar com a Administração. O regime especial das sanções constitui para a autoridade contratante privilégio acentuado que encontra fundamento no fato de que o escopo das penalidades não se resume na repressão das faltas contratuais mas visa o asseguramento da marcha dos serviços públicos. Na aplicação dessas penalidades, a Administração in-

depende de prévia intervenção do Poder Judiciário, a não ser que o particular contratante ofereça resistência.

Por fim, é ainda por força do princípio superior da continuidade do serviço público que o regime de direito público dos contratos administrativos traz a derrogação da exceção usualmente invocada nos ajustes de direito privado, a *exceptio non adimpleti contractus*, regra do art. 1.092, do Código Civil, que autoriza a suspensão da execução do contrato por uma das partes, face à inadimplência da outra. A inoponibilidade da exceção — registre-se — é a regra quando a falta é da Administração, vale dizer, o inadimplemento das obrigações pelo Poder Público não autoriza a suspensão da execução do contrato pelo particular contratante. Se ocorre atraso ou omissão da Administração na execução de suas prestações, o particular não pode paralisar sumariamente o cumprimento do contrato. Mas se a falta é do particular, a *exceptio* é invocável pela Administração em seu favor.

O princípio vem sofrendo atenuações de seus rigores, já admitindo a doutrina mais recente (com Laubadère, Marienhoff, Celso Antonio Bandeira de Mello) que a exceção possa ser argüida quando a inadimplência da Administração vier criar gravame insuportável para o contratante, excedente da área normal dos ajustes administrativos.

Acentuando as prerrogativas da Administração, acabaríamos por assimilar os contratantes a "espécies de santos que aceitariam submeter-se a todas as vontades da administração para satisfazer o bem comum" (Drago). Tal, entretanto, está longe de ser realidade. Este poder comporta para o particular contratante a garantia correspectiva: o interesse financeiro em vista do qual ele contratou.

4.2.2 *O princípio do equilíbrio econômico e financeiro do contrato*

4.2.2.1 Os direitos do contratante

O principal direito do contratante, considerando o interesse econômico-financeiro do particular em todos os contratos com a Administração Pública, está consubstanciado na sua remuneração, que varia de acordo com a forma como se apresenta o contrato. Nos contratos de obras, serviços e fornecimentos, por exemplo, ela consiste no pagamento do preço na forma e no prazo convencionados.

Tais vantagens financeiras, como já foi dito, não podem ser unilateralmente modificadas pela Administração.

A esse direito segue-se a possibilidade que tem o contratante de ser indenizado por diversas causas que se manifestam durante a execução da

avença. Uma das mais importantes, que, aliás, constitui elemento fundamental na teoria do contrato administrativo, é o direito do contratante de manter o equilíbrio financeiro.

Para que o contratante assegure o seu interesse financeiro é essencial a manutenção do equilíbrio (econômico-financeiro) do contrato ou o restabelecimento da equação financeira, face ao "princípio da integrabilidade" da remuneração do contratado.

Essa regra de equilíbrio é considerada como resultante da intenção comum das partes e se aplica a todos os contratos, mesmo naqueles em que não figura expressamente.

Portanto, todos os contratos administrativos contêm, explícita ou implicitamente, o direito do contratante de manter o equilíbrio financeiro do contrato.

A relação estabelecida inicialmente pelas partes entre os encargos do contratante e a retribuição da Administração no atendimento da justa remuneração do objeto do contrato deve ser mantida durante toda a execução do contrato, a fim de que o contratante não sofra indevida redução nos lucros normais que pretende obter.

Daí porque a Administração, ao alterar unilateralmente as cláusulas regulamentares do contrato administrativo, não pode violar o direito do contratante de ver mantida a equação financeira originariamente estabelecida, cabendo-lhe operar os necessários reajustes econômicos para o restabelecimento do equilíbrio financeiro.

Essa doutrina, universalmente consagrada, foi inicialmente acolhida pelo Conselho de Estado Francês, sendo célebre o caso da Cie. Française des Tramways (11 mars 1910), lembrado por André de Laubadère.[10]

A alteração do equilíbrio econômico-financeiro pode responder a três causas:
1. imputáveis diretamente à Administração contratante (responsabilidade contratual do Estado), como por exemplo, os "fatos da administração";
2. imputáveis indiretamente à Administração contratante (responsabilidade extracontratual do Estado) ("fato do príncipe", "atos do poder público" ou áleas administrativas);
3. não-imputáveis ao Estado (responsabilidade extracontratual) ("teoria da imprevisão" e "áleas econômicas" extra-estatais).

Em conseqüência, o direito à indenização se manifesta em várias hipóteses.

Merece destaque especial a indenização fundada na idéia de enriquecimento sem causa e nas hipóteses do fato do príncipe e da imprevisão.

A jurisprudência tem admitido que os serviços e obras efetuados espontaneamente pelo contratante, quando os trabalhos se revelam indispensáveis à boa execução do contrato e são úteis à Administração, devem ser pagos, a des-

[10] Laubadère, *Traité de droit administratif*, p. 415.

peito de não terem sido previamente contratados, isto ao fundamento da teoria do enriquecimento sem causa.

Durante a execução dos contratos administrativos podem surgir eventos novos, que impedem ou retardam a execução do contrato, modificando as condições inicialmente pactuadas.

Esses eventos podem decorrer de circunstâncias exteriores ou advir de fatos da Administração, como será visto.

4.2.2.2 A teoria da força maior

A força maior é um evento exterior, independente da vontade dos contratantes e impeditivo para a execução do contrato. Há no caso uma impossibilidade intransponível, daí porque libera o contratante de sua obrigação.

Para que a força maior determine suas conseqüências jurídicas é preciso a ocorrência de três condições:

a) o fato invocado como "caso de força maior" deve ser absolutamente independente da vontade do contratante, não pode ser provocado por ele;

b) o fato deve ser imprevisto e imprevisível (inevitabilidade da sua ocorrência);

c) e, finalmente, o fato deve impedir radicalmente a execução do contrato. O contratante não se vê liberado pela simples dificuldade, mas em decorrência da impossibilidade insuportável.

Essas condições são particularmente significativas na hipótese de aplicação da força maior em casos como o de greve. Caso o contratante possa exercer qualquer ação para impedi-la ou evitá-la, ou mesmo contorná-la em seus efeitos, não será força maior.

A força maior tem por efeito liberar o contratante de sua obrigação de executar o contrato, exonerando-o da responsabilidade contratual e impedindo que a Administração lhe aplique sanções pela inexecução. Por outro lado, permite ao contratante rescindir o contrato.

Comprovada força maior, ou mesmo o caso fortuito,[11] que se lhe equipara, não se pode exigir a ruína do particular contratante para dar cumprimento a um ajuste que se tornou parcial ou totalmente inexeqüível. Seria quebrar a comutatividade do contrato administrativo, criando encargo insuportável para uma das partes, com vantagem só para a outra.

[11] Código Civil, art. 1.058, parágrafo único.

5. *A teoria do "fato do príncipe"*

Denomina-se "fato do príncipe" todo o ato editado pelo Poder Público que onera substancialmente o contrato administrativo, impedindo a sua execução. Essa oneração, chamada *álea administrativa* (em oposição à idéia de álea econômica, que se encontra na teoria da imprevisão), desde que intolerável e impeditiva da execução do ajuste, obriga o Poder Público contratante a compensar integralmente os prejuízos suportados pela outra parte para prosseguir na execução ou, se impossível, dá ensejo a rescisão com as indenizações cabíveis.

As características dessas medidas, em síntese feita por André Laubadère, podem emanar da pessoa pública; podem consistir em medidas particulares ou em leis ou regulamentos (exemplo: a modificação das leis fiscais ou de leis sociais agravando a situação dos contratantes); podem incidir diretamente sobre o objeto do contrato (novas imposições da administração em virtude de seu poder de modificação unilateral) ou ainda sobre as repercussões sobre o contrato.

Na ocorrência de qualquer dessas hipóteses, o contratante tem direito de ser integralmente indenizado das conseqüências onerosas causadas pela álea administrativa.

É conveniente registrar que, na França, a teoria do "fato do príncipe" abrangia todo e qualquer ato de autoridade pública, que viesse a onerar direta ou indiretamente, os encargos da exploração do concessionário, fora dos riscos normais e previsíveis.

A partir de 1949, o Conselho de Estado passou a limitar a aplicação dessa teoria às medidas tomadas pela própria administração concedente, e a remeter para a teoria da imprevisão a hipótese em que o prejuízo é oriundo de ato de autoridade estranha ao contrato.

6. *A teoria da imprevisão*

A teoria da imprevisão, também denominada *riesgo imprevisible, lesión sobreviniente, onerosidad sobrevenida, le bouleversement* (França), *lo sconvolgimento o sopravinienza* (Itália), decorre do surgimento, no curso de execução de um contrato, de eventos anormais e imprevisíveis, independentes da vontade do contratante, que tornam impossível a execução (diferente de força maior) e alteram profundamente a economia do contrato: aumento considerável das flutuações econômicas e dos preços dos materiais utilizados pelo contratante.

Marienhoff define a imprevisão como o meio pelo qual a Administração, diante de circunstâncias extraordinárias anormais e imprevisíveis, posteriores, supervenientes à celebração de um contrato administrativo, porém temporários ou transitórios, alteram a equação econômico-financeira em prejuízo do contratante, que determina a obrigação do Estado em assisti-lo para que possa assim cumprir ou seguir cumprindo o contrato.

Em direito privado, a idéia de que o contrato é lei entre as partes é rigorosamente aplicada: a situação de imprevisão não modifica as obrigações dos contratantes.

No direito administrativo, entretanto, a solução é diferente. Os interesses presentes não são os mesmos: a idéia do serviço público e de suas exigências predominam. Em decorrência surge uma teoria da imprevisão bastante original, limitada na sua aplicação aos contratos administrativos e que, aliás, constitui um traço peculiar a esses contratos.

A teoria da imprevisão é também construção jurisprudencial do Conselho de Estado da França ao julgar os pedidos de revisão de contratos administrativos durante a I Guerra Mundial, a partir do famoso caso do "Compagnie du Gaz de Bordeaux".

A aplicação dessa teoria, conforme assinala Hely Lopes Meirelles, "consiste no reconhecimento de que eventos novos, imprevistos e imprevisíveis pelas partes e a elas não imputáveis, refletindo sobre a economia ou a execução do contrato, autorizam a sua revisão para ajustá-los às circunstâncias supervenientes". É a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, em oposição à regra *pacta sunt servanda*, nos contratos administrativos, a exemplo do que ocorre nos contratos privados, para que a execução se realize sem a ruína do contratante, na superveniência de fatos não cogitados pelas partes, criando ônus excessivo para uma delas, com vantagem apenas para a outra.

O estado da imprevisão para ser indenizável deve ser anormal, intolerável e, por óbvio, imprevisível.

A álea econômica é por natureza extraordinária, excedente aos riscos normais admitidos pela natureza do negócio.

Os fenômenos da instabilidade econômica ou social (greves, crises econômicas, desvalorização da moeda) são as causas principais do estado da imprevisão, tanto pela importância do impacto de seus efeitos, como pela imprevisibilidade de suas conseqüências.

No direito francês as *sujétions imprévues* estão reguladas no art. 17 do Cahier de Clauses Administratives Générales (CCAG), nos seguintes termos: "No caso de obras acordadas sobre preços unitários, quando, como conseqüência de ordens de serviço ou de circunstâncias que não são imputáveis ao empresário, a importância de certas naturezas de obras se modifica de tal maneira que as quantidades executadas diferem mais de um terço e mais ou mais de

um quarto e menos das inicialmente levadas a detalhe estimativo do contrato, o empresário tem direito a ser indenizado do prejuízo que lhe haviam eventualmente causado tais alterações."

Se bem que nessas hipóteses se reconheça ao empresário o direito à indenização, cobrindo a totalidade dos prejuízos, Gaspar Ariño observa que o Conselho de Estado Francês exige, na sua apreciação, as seguintes condições:

a) a dificuldade deve ter caráter material ou técnico;

b) tais dificuldades devem ser imprevisíveis;

c) que tais circunstâncias não tenham podido ser evitadas de alguma maneira pelo contratante;

d) finalmente, que tenham como efeito alterar sobremaneira o contrato.

Na Itália também existe um regime análogo, mediante a aplicação do art. 1.664 do Código Civil, pelo qual: "Se no curso da obra se manifestam dificuldades de execução derivadas de causas geológicas, hidrológicas ou similares, não previstas pelas partes, que tornam notadamente mais onerosas a prestação do construtor, este tem direito a uma compensação eqüitativa".

No Brasil, o Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, permite a alteração dos contratos administrativos, por acordo entre as partes, nos casos previstos na letra *d* do art. 55, que dispõe, *in verbis*:

"d) para restabelecer a relação, que as partes pactuaram inicialmente, entre os encargos do contrato e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do inicial equilíbrio econômico e financeiro do contrato.

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, ou acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% do valor inicial do contrato e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% para os seus acréscimos.

§ 2º Se no contrato não houvesse sido contemplados preços unitários para obras ou serviços esses serão fixados mediante acordo entre as partes, respeitados os limites estabelecidos no parágrafo anterior.

§ 3º No caso de supressão de obras ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição, regularmente comprovados.

§ 4º No caso de acréscimo de obras, serviços ou compras, os aditamentos contratuais poderão ultrapassar os limites previstos no § 1º deste artigo, desde que não haja alteração do objeto do contrato.

§ 5º Quaisquer tributos ou encargos legais, criados, alterados ou extintos, após a assinatura do contrato, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou menos, conforme o caso.

§ 6º Em havendo alteração unilateral do contrato, que aumente os encargos do contratado, a administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial."

7. *A jurisprudência*

A jurisprudência brasileira tem admitido a revisão dos ajustes administrativos em razão de fatos supervenientes e altamente onerosos para o particular contratante.

A revisão do contrato e dos preços pela aplicação da teoria da imprevisão não se confunde com o reajustamento contratual de preços, que se faz em atendimento a condição do próprio contrato.

Somente a álea econômica extraordinária e extracontratual, desequilibrando totalmente a equação financeira estabelecida pelas partes, autoriza a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus.*

A jurisprudência brasileira, seguindo os rumos do Conselho de Estado da França, permite a revisão dos ajustes administrativos em várias hipóteses.

São bastante ilustrativos os acórdãos:

"Contrato administrativo. Enriquecimento sem causa. Contrato anulado. Prestação de serviços à administração. *Actio de in rem verso.* Atendidos os pressupostos que justificam a *actio de in rem verso* cabe admiti-la e, como tal, decidi-la. Embora nulo o contrato para prestação de serviços técnicos à entidade pública, mas sem que se comprove ter havido má-fé na sua realização, devem ser pagos pela administração os realmente prestados, a fim de que não obtenha esta enriquecimento sem causa, com prejuízo do prestador dos serviços. A indenização deve fazer-se pelo justo e exato valor do custo dos serviços, sem inclusão de qualquer lucro. Doutrina a respeito. Direito estrangeiro."[12]

"Contrato administrativo. Concessão de serviço portuário. Rescisão. Indenização. Na rescisão unilateral do contrato de concessão é cabível o exame da concorrência de culpas. Entendimento do Supremo Tribunal Federal no MS 18.028. Caracterizada a concorrência de culpas, pela omissão da administração quanto à dragagem do porto e pelo fato do príncipe que onerou os custos dos

[12] TFR. EAC. n.º 0037253 — RJ. Rel. Min. Aldir Passarinho, *DJ*, 3 dez. 1987.

serviços, sem a providência necessária para manter o equilíbrio financeiro da concessão. Tem o concessionário direito a indenização."[13]

"Civil e administrativo. Empreitada. Reajustamento de preço. Cláusula *rebus sic stantibus*. Modificadas as condições vigentes ao tempo do contrato de empreitada, pela superveniência de surto, inclusive por decisões governamentais, como foi a mudança na política salarial ocorrida em 1979, de forma a provocar prejuízo para o empreiteiro, é lícito invocar a cláusula implícita *rebus sic stantibus*."[14]

"Administrativo. Contrato de prestação de serviços e fornecimento de material. Fato imprevisto. Indenização. 1) Comprovado que houve a prestação de serviços, com fornecimento de material e mão-de-obra e que a área constante do edital era menor do que a real, devida é a diferença do preço ajustado, como decorrência da aplicação da teoria da imprevisão (cláusula *rebus sic stantibus*) 2) Recurso parcialmente provido."[15]

Bibliografia

Alessi, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1970, t. 1.

Ariño, Gaspar. *La reforma de la ley de contratos del Estado*. Madrid, Unión Editorial.

Bielsa, Rafael. *Derecho administrativo*. 6. ed., Buenos Aires, 1964, t. 1, *La ley sociedad anónima*.

Caetano. *Manual de direito administrativo*. Forense, 1970, t. 1.

Canasi, José. *Derecho administrativo*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1974, v. 2, parte especial.

Fraga, Gabino. *Derecho administrativo*. 4. ed., México. Editorial Porrua, 1948.

Franco Sobrinho, Manoel de Oliveira. O contrato administrativo. 2. ed., Noção e fundamentos. In: *Estudos de direito público*. Edições do MJ, Secr. de Doc. e Inf., 1977.

Gallo, Mario. Contrato di diritto privato degli enti pubblici e contrato di diritto pubblico. In: *Novissimo Digesto Italiano*.

Garri, Francesco. Contrato di diritto privato degli enti pubblici. In: *Novissimo Digesto Italiano*.

[13] TFR. Ac. n.º 0051700 — BA. Min. Rel. Carlos Madeira, *DJ*, 4 out. 1984.
[14] TFR. Ac. n.º 0091450 — RS. Min. Rel. Jesus Costa Lima, *DJ*, 27 jun. 1985.
[15] TFR. Ac. n.º 0662353 — AM. Min. Rel. Jesus Costa Lima, *DJ*, 6 ago. 1987.

Giannini, Massimo Severo. *Diritto amministrativo.* Giuffré, 1970, v. 1.

Gordillo Agustin A; Gambino, Erique Sanchez et alii. *Contratos administrativos.* Buenos Aires, Astrea, 1982, t. 1.

Grisel, André. *Droit administratif suisse.* Neuchatel, Éditions Idees et Calendes, 1975.

Jèze, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo.* Buenos Aires, Depalma, 1950, v. 3 e 4.

Laubadère, André de. *Traité de droit administratif*, 9. ed., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1984, t. 1.

Long, M.; Weil, P. & Braibart, G. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative.* 8. ed. Sirey, 1984.

Marienhoff, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo.* Buenos Aires, Abeledo Perrot, t. 3.

Meirelles, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo,* 5. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983.

Palasi, José Luis Villa & Ezcurra, José Luiz Villa. *Principios de derecho administrativo.* Universidad de Madrid, 1982, t. 2.

Raimaud, Jean-Marie. Le contrat administratif: volonté des parties ou loi de service public? *Revue du Droit Public,* n. 5, 1985.

Renzo, Francesco Di. *I — Contratti della pubblica amministrazione,* 2. ed., Milano, Giuffré, 1975.

Rivero, Jean. *Droit administratif.* 2. ed. Paris, Dalloz, 1983.

Vedel, Georges. *Droit administratif.* Thémis, Press Universitaires de France.

Virga, Pietro. Contrato (di Dir. Pubblico). In: *Enc. del Diritto,* Giuffré, v. 9.