COMPOSIÇÃO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

CAIO TÁCITO

I

A Administração Pública opera, no exercício de sua atividade, mediante atos administrativos ou, ainda, no plano de contratos administrativos.

Em ambos os casos, a função administrativa se subordina ao princípio de legalidade que dimensiona o âmbito de legitimidade de sua atuação dentro do qual se desenvolve a relativa liberdade de suas decisões, na prática do mérito do ato administrativo, à luz do poder discricionário.

II

Autoridade e legalidade são conceitos antinômicos que, no entanto, se completam. O intervencionismo do Estado aumenta o poder das autoridades administrativas. Novos meios de ação lhes são atribuídos, mas o uso deles não pode exceder à margem da lei.

Deve o administrador gozar de uma área de competência ampla, dentro da qual possa agir com desenvoltura. Ao controle da legalidade incumbe, porém, o patrulhamento das fronteiras, de modo a vedar as excursões abusivas e manter o poder discricionário em seus domínios. No plano jurídico, a administração funciona sob um regime de liberdade vigiada: tudo lhe é permitido fazer, em benefício do interesse público, salvo aquilo que ofenda à lei. A noção de legalidade fiscaliza a atividade discricionária, sem nela interferir, a não ser quando exorbitante.

Há, assim, nos atos administrativos, dois aspectos inconfundíveis: mérito e legalidade. O mérito é a indagação da oportunidade e conveniência do ato, a zona livre em que a vontade do administrador decide sobre as soluções mais adequadas

ao interesse público. É a sede do poder discricionário do administrador, que se orienta por critérios de utilidade.

A legalidade é a observância da lei, que vincula a manifestação de vontade do administrador, estabelecendo um nexo de causalidade entre o resultado do ato e a norma de direito.

A primeira condição de legalidade é a competência do agente. Não há, em direito administrativo, competência geral ou universal: a lei preceitua, em relação a cada função pública, a forma e o momento do exercício das atribuições do cargo. Não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de direito. A competência é, sempre, um elemento vinculado, objetivamente fixado pelo legislador.

A prática do ato pressupõe, ainda, certos antecedentes objetivos. A autoridade competente não atua no vácuo: ela age em função de aspectos de fato ou de direito, que determinam a sua iniciativa. O ato administrativo se inicia, portanto, com a verificação da existência dos motivos. Segue-se, imediatamente, a apreciação do valor desses motivos, que permite ao administrador decidir-se sobre a decisão a adotar.

É na sucessão desses dois tempos que se insere o poder discricionário. Enquanto a verificação da existência dos motivos é um aspecto objetivo, de feição material, a ponderação e o exame dos motivos é um aspecto subjetivo, correspondendo ao processo psicológico de formação do ato de vontade.

Examinados os motivos, ou seja, a matéria de fato ou de direito, a manifestação de vontade se traduz em um resultado (ação ou omissão), dentro da forma prevista na lei. A autoridade age para alcançar o objeto, ou seja, o efeito do ato jurídico. Este é, por excelência, o terreno do poder discricionário. Não existindo na lei uma obrigação certa de fazer ou não fazer, o administrador pode escolher o objeto do ato administrativo, decidindo sobre a oportunidade e conveniência dele. A livre determinação do objeto é, em suma, o núcleo do poder discricionário.

Não basta, porém, que a autoridade seja competente, o objeto lícito e os motivos adequados. A regra de competência não é um cheque em branco concedido ao administrador. A administração serve, necessariamente, a interesses públicos caracterizados. Não é lícito à autoridade servir-se de suas atribuições para satisfazer interesses pessoais, sectários ou político-partidários, o mesmo a outro interesse público estranho à sua competência. A norma de direito atende a fins específicos que estão expressos ou implícitos em seu enunciado. A finalidade é, portanto, outra condição obrigatória de legalidade nos atos administrativos.

O poder discricionário é, assim, a faculdade concedida à administração de escolher o objeto e a forma do ato administrativo, salvo quando preestabelecidos na lei, realizando, para isso, a apreciação do valor dos motivos existentes.

O abuso de poder surge com a violação da legalidade, pela qual se rompe o equilíbrio da ordem jurídica. Tanto da legalidade externa do ato administrativo (competência, forma prevista ou não proibida em lei, objeto lícito) como da legalidade interna (existência dos motivos, finalidade).

A cada um desses elementos de legalidade corresponde uma causa de nulidade do ato administrativo. São vícios de legalidade externa a incompetência (em cujo conceito se inclui a usurpação de poder), o vício de forma e a ilicitude do objeto.

São vícios de legalidade interna a inexistência material ou jurídica dos motivos e o desvio de poder.

III

O contrato é eminentemente uma relação de direito privado. Com raízes no direito romano, a sua teoria se insere no direito civil e, de forma especial, no direito comercial.

Qual deve ser, porém, o regime jurídico do contrato quando uma das partes é a Administração Pública? A simples presença de uma pessoa administrativa como parte no contrato bastará para caracterizá-lo como um contrato administrativo?

A Administração Pública poderá pactuar contratos nos quais incidem normas comuns de direito privado, tendo-se de considerar a capacidade do contratante em função das correspondentes normas administrativas, tal como ocorrerá em geral com as pessoas jurídicas.

Na maioria dos casos, no entanto, o negócio jurídico de que participa a Administração Pública se regula por um regime jurídico especial, que se sobrepõe ao direito comum: o contrato de direito privado se transfigura no contrato administrativo.

Quais são, todavia, as características que permitem distinguir, dentre os contratos pactuados pela Administração Pública, os contratos administrativos?

Primeiramente, atender-se-á ao objeto do contrato, que deverá corresponder a um fim de interesse público. Mediante o contrato administrativo cuida-se de satisfazer ao funcionamento dos serviços públicos ou a uma finalidade especial de utilidade pública. A tônica do contrato se desloca da simples harmonia de interesses privados para a consecução de um fim de interesse público.

Nos contratos administrativos, prevalece o interesse público (pressuposto da utilidade pública do objeto do contrato) sobre o interesse privado. O princípio da igualdade entre as partes, que importa na regra da imutabilidade dos contratos, cede passo ao da desigualdade, ao predomínio da vontade da Administração sobre a do outro contratante, ou seja, o poder de modificação unilateral da obrigação (regra da mutabilidade do contrato).

Exprime-se na prerrogativa em questão validade da assertiva de Maurice Hauriou de que o direito administrativo é o direito de pessoas desiguais (*Précis de Droit Administratif et de Droit Public* — prefácio da 7ª edição — 1911 — p. VII).

A peculiaridade da prerrogativa consiste em que o agravamento da obrigação de fazer, dentro da escala do contrato, independe, em princípio, do consentimento do contratante privado, entendendo-se como cláusula implícita do ajuste.

Por esta forma, a obrigação pactuada adquire um teor dinâmico e flexível, dentro do âmbito e da finalidade do contrato administrativo, de forma a garantir a continuidade do serviço público e a plena satisfação do interesse coletivo.

Correlatamente, porém, a essa competência de fazer variar a obrigação do outro contratante, impõe-se à Administração Pública o dever de respeitar a essência das cláusulas financeiras do contrato, de modo a preservar sua natureza comutativa

(equivalência intrínseca das prestações das partes) e sinalagmática (reciprocidade das obrigações).

Este princípio se traduz no direito do outro contratante ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, ou seja, à equivalência entre a obrigação de fazer do contratante privado e a obrigação de pagar da Administração Pública.

O princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato transcende à sua definição no direito positivo.

A proporcionalidade entre as obrigações das partes, tal como expressa ou implícita no acordo de vontades — que é o ato genético do contrato — encontra raízes históricas que foram revitalizadas em modernas concepções do direito obrigacional.

Foi, contudo, a freqüência de instabilidade na ordem econômica tornando excessivamente onerosas as obrigações contratuais, que fomentou a crescente tendência de revisão dos contratos de intolerável agravamento da álea ordinária prevista pelas partes.

Em face da realidade econômica subjacente, ao princípio da imutabilidade formal das convenções foi progressivamente se substituindo a garantia do reequilíbrio intrínseco entre as obrigações. O fato econômico passa a moldar a aplicação da lei (*ex facto oritur jus*).

O pressuposto de que a manifestação de vontade, geratriz da força obrigatória do contrato, deixa de existir, ou fundamentalmente se perturba diante de um transfiguração do meio econômico ou social, dentro do qual nasceu o acordo entre as partes, inspirou-se, sobretudo, na realidade do após guerra que, a partir da Segunda década do século, evidenciou que permanência dos contratos, na observância rígida de seu texto, conduziria à ruína dos contratantes.

A ordem jurídica teria de se adequar a uma nova ordem econômica, superior à vontade das partes e imprevisível quanto a elas.

Cuidando de corresponder a essa realidade, os juristas foram buscar no arsenal histórico do direito romano um antigo fragmento para dele extrair o fundamento da restauração do conteúdo intrínseco da obrigação.

Coube aos post-glosadores, com apoio presumível em texto do Digesto (XII-4-8) a primazia na elaboração da chamada cláusula *rebus sic stantibus*, pela qual, nos contratos a termo ou de execução sucessiva, presumia-se implícita a permanência do estado de coisas existentes à época do ajuste de vontades:

Contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur

(Contratos que têm trato sucessivo ou execução futura se entendem como se as coisas assim permanecessem)

Em nosso direito positivo, o princípio foi expressamente invocado no Decreto n. 19.573, de 7 de janeiro de 1931, que permitiu a rescisão de contratos de locação de prédios por militares ou funcionários públicos civis em caso de dispensa ou redução de vencimentos.

Entre os consideranda que fundamentam o ato materialmente legislativo indica-se que "essa concessão não atenta contra o direito de propriedade, envolvendo apenas o reconhecimento de um verdadeiro ato de forçar maior, e obedece a um alto

pensamento de eqüidade, que o direito moderno acolhe, subordinada, cada vez mais, a exigibilidade de certas obrigações à regra *rebus sic stantibus*".

Esta formulação de necessária equivalência entre as obrigações, fundada no princípio da igualdade, veio a se traduzir no princípio da chamada equação financeira do contrato administrativo, objeto de especial definição de Pequignot (*Théorie générale du contrat administratif* — 1945 — pp. 448/ss.).

A correlação básica entre as obrigações bilateralmente constituídas deve ser restaurada quando uma delas se diferencia em detrimento da estabilidade do contrato, impondo-se a correspondente revisão da obrigação da parte responsável pela violação.

O equilíbrio financeiro nos contratos administrativos tornou-se, assim, princípio geral de direito que harmoniza a alteração das obrigações em benefício do interesse público com o reconhecimento do direito de justa remuneração do empresário particular, que colabora com a Administração Pública.

O contrato, por efeito de sua formação consensual, supõe a assunção, pelos contratantes, do risco normal do negócio jurídico pactuado. Quando, porém, se instaura, no curso de sua execução, uma álea extraordinária, acima da previsão das partes, nasce uma situação extracontratual, que se vai resolver na revisão ou rescisão do vínculo.

Nos contratos administrativos, como visto, poderá ocorrer o agravamento da obrigação pelo poder de alteração unilateral atribuído à Administração, ou pela incidência do fato do príncipe (álea administrativa) ou, ainda, por força de circunstâncias materiais (situações imprevistas).

Mais significativamente, no entanto, a convulsão do contrato pode ser fruto de inesperadas e insuportáveis desequilíbrios da estrutura financeira do contrato a importar na quebra da equação econômica, que é a base do negócio (álea econômica).

A teoria da imprevisão contempla o procedimento saneador dessa lesão profunda ao substrato do contrato, cuidando de restaurar sua vitalidade. Consagrando o direito do contratante privado ao restabelecimento do sinalagma, reconhece a existência de um estado de fato superior e estranho à relação de causalidade contratual.

O prejuízo tolerável, embora inesperado, não configura a hipótese, nem tampouco aquele que, razoavelmente, pudesse ser previsto. É necessário que o dano seja, ao mesmo tempo, imprevisível e insuportável, para que se possa receitar a cirurgia heróica, convocando-se o juiz, ou a autoridade administrativa, para alterar a fisionomia do contrato, normalmente intangível.

A aplicação generalizada nos contratos administrativos da teoria da imprevisão, quando abalada a economia do contrato, atende tanto a um princípio de eqüidade como ao interesse da Administração.

A continuidade dos contratos administrativos de modo a que não se interrompa a prestação do serviço público ou da obra pública, a que eles se vinculam, representa um fator da conveniência administrativa e, de modo indireto, da comunidade a ser atendida.

A interrupção do contrato, ou sua rescisão, para que outro a ele suceda, não se mostra, como regra, vantajoso ou favorável ao interesse público.

Comprovada a quebra da equação econômico-financeira do contrato, o restabelecimento do valor intrínseco da obrigação não representa favorecimento do contratado. Antes, a manutenção rígida das cláusulas financeiras do contrato administrativo, quando seu pressuposto não mais subiste, assume aspecto de enriquecimento injusto, senão mesmo ilícito, por parte da Administração.

Daí por que a doutrina, como a jurisprudência, e mesmo a lei, passaram a aceitar, como cláusula implícita nos contratos administrativos, a exigibilidade do restabelecimento de sua natureza sinalagmática quando, em detrimento de uma das partes, e à sua revelia, o pressuposto de equilíbrio entre as obrigações, fica fundamentalmente subvertido pela incidência de uma álea extraordinária imprevista e excessivamente onerosa para um dos contratos.

A álea ordinária, o encargo previsível ou suportável, cabe, por força de lei e do contrato, a quem se obrigou a construir. É o ônus usual do negócio, o risco comercial comum, que não pode recair sobre o outro contratante. O fato se verificar, no recurso da execução do contrato, acréscimo no custo da mão-de-obra ou dos materiais, não propicia, por si só, a revisão do preço pactuado.

A teoria da imprevisão apenas cogita da álea econômica extraordinária, que, pela impossibilidade de previsão e pelo excessivo peso de sua incidência, deve ser dividida entra os contratantes.