



**Centro Universitário de Brasília**

**Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento – ICPD**

**Mariana Vargas de Carvalho Espósito**

**CONTRATOS ADMINISTRATIVOS:  
A APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA TEORIA GERAL DOS CONTRATOS  
AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

**Brasília  
2007**

**Mariana Vargas de Carvalho Espósito**

**CONTRATOS ADMINISTRATIVOS:  
A APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA TEORIA GERAL DOS CONTRATOS  
AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD), como pré-requisito para a obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu*, na área de Direito Administrativo e Gestão Pública.

ORIENTADOR:  
Prof. FERNANDO ANTÔNIO DUSI ROCHA

**Brasília  
2007**

**Mariana Vargas de Carvalho Espósito**

**CONTRATOS ADMINISTRATIVOS:  
A APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA TEORIA GERAL DOS CONTRATOS  
AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD), como pré-requisito para a obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu*, na área de Direito Administrativo e Gestão Pública.

ORIENTADOR:  
Prof. FERNANDO ANTÔNIO DUSI ROCHA

Brasília, 30 de maio de 2007

Banca Examinadora:

Prof. Fernando Antônio Dusi Rocha

Prof. Gilson Ciarallo

Prof. Josapha Francisco dos Santos

## RESUMO

Na prática existem certas matérias da seara administrativa, mais especificamente nos contratos administrativos, em que ficam evidentes os reflexos do direito civil e sua teoria geral dos contratos. Além disso, em outros casos, verifica-se que a própria lei determina a aplicação do direito privado. É o caso do artigo 54 da Lei nº 8.666/93, que determina a aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e das disposições de direito privado. Vê-se uma aproximação surgindo entre o direito público e o direito privado, especialmente com o advento do Código Civil de 2002. Assim, torna-se importante avaliar essa aplicação subsidiária da teoria geral dos contratos aos contratos administrativos, para que estes não percam as suas características peculiares, gerando uma confusão entre os contratos de direito público e os de direito privado, perdendo a razão de ser da diferenciação que se estabelece, até os dias atuais, entre os dois tipos de contratos. Percebe-se que as novas regras aproximam a concepção contratual prevista no Novo Código Civil com as peculiaridades do contrato administrativo, tendendo a facilitar o trabalho de interpretação dos administrativistas com essas regras.

### **Palavras-chave:**

Contratos Administrativos. Teoria Geral dos Contratos.

## **ABSTRACT**

In the practical one certain substances of seara exist administrative, more specifically in administrative contracts, where the consequences of the civil law and its general theory of contracts are evidentes. Moreover, in other cases, it is verified that the proper law determines the application of the private law n<sup>o</sup> 8.666/93 is the case of article 54 of the Law, that it determines the supplementary application of the principles of the general theory of contracts and the disposals of private law. An approach is seen appearing between the public law and the private law, especially with the advent of the Civil Code of 2002. Thus, one becomes important to evaluate this subsidiary application of the general theory of contracts to administrative contracts, so that these do not lose its peculiar characteristics, generating a confusion enters contracts of public law and of private law, losing the reason of being of the differentiation that if establish, until the current days, it enters the two types of contracts. It is perceived that the new rules approach the foreseen contractual conception in the New Civil Code with the peculiarities of the administrative contract, tending to facilitate the work of interpretation of the specialists in administrative law with these rules.

### **Key-Words:**

Administrative contracts. General theory of Contracts.

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>6</b>
<b>1 TEORIA GERAL DOS CONTRATOS .....</b>	<b>9</b>
1.1 Enriquecimento sem causa .....	13
1.2 Abuso de direito .....	14
1.3 Boa-fé nos contratos .....	15
1.4 Revisão dos contratos e teoria da imprevisão .....	16
<b>2 CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO .....</b>	<b>21</b>
<b>3 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS .....</b>	<b>26</b>
3.1 Regime jurídico dos contratos administrativos .....	29
3.2 Prerrogativas da Administração Pública .....	32
3.3 Alteração nos contratos administrativos .....	33
3.4 Características dos contratos administrativos .....	38
3.5 Os contratos na lei nº 8.666/93 .....	41
<b>4 O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002 E OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS .....</b>	<b>52</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>58</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>62</b>

## INTRODUÇÃO

Reza o artigo 54 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que os contratos administrativos são regidos “pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado”.

Surge, então, o questionamento de como seria essa aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e das disposições de direito privado aos contratos administrativos, sugerida pelo *caput* do referido artigo, uma vez que o Direito Administrativo é uma disciplina autônoma que compõe o ramo do direito público, que tem por objeto a Administração Pública, que, por sua vez, possui um regime jurídico próprio (o regime jurídico-administrativo), caracterizado justamente por um sistema de prerrogativas estabelecidas em favor do Estado, e sujeições estabelecidas aos administrados.

Os contratos administrativos possuem características particulares, que, a princípio, o distinguem de qualquer contrato da seara privada. Possuem um regime jurídico especial a ser aplicado nas relações jurídicas contratuais em que a Administração Pública figure em um dos pólos. Pelo comando do artigo 54 supramencionado, os princípios de direito privado, em matéria contratual, somente serão aplicáveis se inexistir outra solução advinda dos princípios de direito público e na medida em que a solução seja compatível com o regime de direito público.

Ao que tudo indica, nos dias atuais, o direito privado e o direito público estão se aproximando cada vez mais, caracterizando uma relação de entrosamento entre as suas respectivas normas.

A aplicação das regras de direito civil, adequadas ao direito público, pode facilitar o trabalho de interpretação em se tratando de contratos administrativos.

Na prática existem certas matérias da seara administrativa, mais especificamente nos contratos administrativos, em que ficam evidentes os reflexos do direito civil e sua teoria geral dos contratos. Além disso, em outros casos, verifica-se que a própria lei determina a aplicação do direito privado.

A publicização dos contratos da Administração não significa a extinção, nestes, dos princípios da teoria geral dos contratos, nem das normas orientadoras dos contratos tipicamente privados. Sem dúvida, apresenta fato novo na concepção que predominava, até o advento da Constituição Federal de 1988, quanto aos contratos celebrados pela Administração, qual seja, a de que, ao contrário do que antes se sustentava, a simples presença, em um contrato, da Administração Pública, direta ou indireta, ou de empresa sujeita ao controle estatal, já basta para atrair a incidência de princípios e normas especiais de direito público.

Assim, é importante avaliar exatamente como proceder a essa aplicação subsidiária da teoria geral dos contratos aos contratos administrativos, para que estes não percam as suas características peculiares, gerando uma confusão entre os contratos de direito público e os de direito privado, perdendo a razão de ser da diferenciação que estabelece até os dias atuais entre os dois tipos de contratos.

No primeiro capítulo, é feita uma breve análise da teoria geral dos contratos, apresentando o conceito de contrato e os seus requisitos, bem como alguns princípios e institutos típicos de tal teoria.

O segundo capítulo traz um panorama geral sobre contratos da Administração (gênero), diferenciando suas duas espécies: os contratos privados da Administração ou, como preferem alguns autores, os contratos da Administração



regidos basicamente pelo direito privado; e, os contratos administrativos propriamente ditos, que são os regidos pelo direito público, sob regime jurídico especial.

Feita essa diferenciação, limitou-se a tratar mais especificamente dos contratos administrativos propriamente ditos e, então, no terceiro capítulo, parte-se para uma abordagem sobre estes contratos, dando uma maior atenção ao seu regime jurídico, às prerrogativas da Administração Pública, a alteração e as características desta espécie de contratos, e comentando as disposições da lei nº 8.666/93 no que diz respeito aos contratos.

No último capítulo, tenta-se traçar um paralelo entre os contratos administrativos e o Código Civil de 2002, que é a positivação da teoria geral dos contratos e onde se encontram as disposições de direito privado.

Dessa forma, este trabalho tem por objetivo principal investigar as fronteiras entre o direito público e o direito privado, atualmente, em se tratando de contratos administrativos, buscando analisar as possibilidades de aplicação das cláusulas de direito civil na seara administrativa, conforme determina o *caput* do artigo 54 da Lei nº 8.666/93. Pretende analisar o postulado do *pacta sunt servanda* da teoria geral dos contratos e sua aplicação nos contratos administrativos; compreender a exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*) nos contratos administrativos; analisar a característica da comutatividade peculiar aos contratos administrativos; e, destacar três princípios importantes na relação contratual, quais sejam, o enriquecimento sem causa, o abuso de direito e a boa-fé.

## 1 TEORIA GERAL DOS CONTRATOS

A Teoria Geral dos Contratos tem como objeto de estudo os negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais, ou seja, aqueles que envolvem a declaração de vontade de duas ou mais pessoas. O estudo da citada teoria, visa caracterizar o contrato e verificar se o vínculo obrigacional gerado por ele decorre de disposição legal, uma vez que o contrato é disciplinado, confirmado e garantido por lei.

Assim, o contrato é uma espécie do gênero negócio jurídico que pressupõe o acordo de vontades entre as partes, em vista de produzir efeitos jurídicos.

Porém, não basta apenas o acordo de vontades para a produção dos efeitos jurídicos de um contrato, como a aquisição, a modificação ou a extinção de um direito. Faz-se necessário que o efeito visado pelas partes contratantes esteja em conformidade com norma jurídica, pois é ela que permite a prática e garante a eficácia do negócio jurídico.

O contrato possui os requisitos ou condições de validade que são comuns a qualquer negócio jurídico e são, basicamente, três: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e, forma prescrita ou não defesa em lei. Além desses, tem-se um requisito de ordem especial que é o acordo de vontades ou consentimento recíproco. Esse acordo de vontades manifesta-se de forma livre, o que caracteriza a autonomia da vontade, do direito privado.

Como ensina Venosa (2001, p. 328):

O contrato, assim como outros negócios, constitui-se numa declaração de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos. O contrato, sem dúvida, ocupa grande parte, e a mais importante, da vida negocial. [...] Nesse sistema, pois, toda manifestação da vontade que procura um efeito jurídico deve, a princípio, partir do exame geral do negócio jurídico. Destarte, antes de o jurista examinar se o ato existe, vale e tem eficácia como contrato (como compra e venda, doação, empréstimo, locação etc), devem ser examinados os três lados pelo prisma do negócio jurídico. Se uma compra e

venda, por exemplo, não vale como negócio jurídico, de nada adianta o jurista investigar as disposições específicas desse contrato. Nesse sistema prepondera o elemento vontade, elemento básico da definição.

A liberdade contratual permite que as partes celebrem contratos já previstos no ordenamento jurídico ou que criem uma modalidade de contrato que satisfaça suas necessidades. São os chamados contratos típicos e contratos atípicos, respectivamente.

Porém, a autonomia da vontade nos contratos de direito privado encontra limitação, em decorrência do princípio da Supremacia da Ordem Pública, inerente às relações contratuais. Por esse princípio a vontade das partes tem como limite os termos da legislação pertinente à matéria, aos princípios da moral e da ordem pública; limita-se a autonomia dos contratantes em nome de um interesse maior, de ordem pública, interesses essenciais ao Estado e à sociedade.

Além dos princípios supra citados, Autonomia da Vontade e Supremacia da Ordem Pública, temos ainda outros princípios contratuais. Um deles é o princípio da Função Social dos Contratos, que é novidade no Código Civil, previsto no artigo 421, *in verbis*: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Esse dispositivo atenua e reduz o alcance do princípio da autonomia contratual.

O Código Civil, afastando-se de um contexto individual, aderiu à tendência da socialidade, prevalecendo o interesse público sobre o privado. Dessa forma, o princípio da Função Social do Contrato vem limitar a liberdade em contratar, sendo que essa somente poderá ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato. A função social surge, assim, como cláusula geral, ou seja, como formulação abstrata e genérica que dá ao julgador liberdade para solucionar o caso dependendo da situação em concreto.

Dentro dos contratos de direito privado, na Teoria Geral dos Contratos, temos ainda o princípio da Obrigatoriedade (ou intangibilidade, ou força vinculante), de onde vem o velho axioma de que a avença faz lei entre as partes, *pacta sunt servanda*. Por esse princípio, as estipulações feitas no contrato deverão ser fielmente cumpridas sob pena de execução patrimonial contra o inadimplente. O ato negocial, por ser uma norma jurídica, constituindo lei entre as partes, é intangível, a menos que ambas as partes o rescindam voluntariamente ou haja a escusa por caso fortuito ou força maior, prevista no artigo 393, parágrafo único, do Código Civil, de tal sorte que não se poderá alterar seu conteúdo.

A regra geral é que o contrato só vincula aqueles que dele participaram. Seus efeitos não podem prejudicar nem aproveitar a terceiros. Tal regra caracteriza o princípio da Relatividade dos Efeitos dos Contratos, o qual não se aplica tão-somente em relação às partes, mas também em relação ao objeto. O contrato sobre bem que não pertence aos sujeitos não atinge terceiros. Essa regra geral pode também sofrer exceções, como é no caso da estipulação em favor de terceiros prevista nos artigos 436 a 438, do Código Civil. Nesse sentido, conclui-se que o contrato não produz efeito com relação a terceiros, a não ser nos casos previstos em lei.

Outro princípio importante nas relações contratuais é o da Boa-fé e da Probidade. Esse princípio serve como ponto de interpretação da vontade contratual. Na interpretação do contrato, deve-se ter em conta o princípio da boa-fé dos contratantes, ou seja, devem ser examinadas as condições em que foi firmado o contrato, o nível sócio-cultural das partes envolvidas, o momento histórico e econômico. Pode-se dizer que tal princípio impõe às partes que ajam de forma correta antes, durante e depois do contrato. É o que diz o artigo 422 do Código Civil:

“Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Além da função na interpretação do contrato, apontam-se outras funções para o princípio da boa-fé. Trata-se de fonte de deveres laterais ou anexos. Isso quer dizer que há mais deveres do que os criados expressamente nas cláusulas do contrato. Além da execução da prestação ou da entrega do bem, há inúmeros outros deveres implícitos ao contrato, que decorrem do que se espera que sejam as condutas das partes, como o dever de informar, o de garantir a idoneidade do bem ou serviço, o da clareza nas cláusulas contratuais, dentre outros. Ressalte-se que a boa-fé será abordada adiante novamente, de forma mais detalhada.

Ainda tratando dos princípios contratuais, temos o princípio da Revisão dos Contratos (ou da onerosidade excessiva), que vem permitir que os contratantes recorram ao Poder Judiciário para revisar as cláusulas contratuais, em determinadas situações. Admite-se que a força vinculante dos contratos seja contida pelo magistrado em certas circunstâncias excepcionais ou extraordinárias que impossibilitem a previsão de onerosidade excessiva no cumprimento da prestação. Aqui fala-se em cláusula *rebus sic stantibus* ou teoria da imprevisão, que consiste na possibilidade de revisão dos contratos já aperfeiçoados, e que será tratada em um item específico.

Há de se ressaltar, também acerca da Teoria Geral dos Contratos, a interpretação do contrato, que exerce função objetiva e subjetiva, ao mesmo tempo. Além de analisar o ato negocial em si e suas cláusulas, na interpretação do contrato deve-se também examinar a intenção das partes contratantes. O nosso Código Civil de 2002 não tem nenhum capítulo que trate especificamente da interpretação dos contratos, mas apresenta dispositivos ao longo de seu texto relativos à interpretação.

É o caso dos artigos 112, 113 e 114 (negócio jurídico), 423 (contrato de adesão) e 819 (contrato de fiança).

Existem, ainda, outros princípios aplicáveis às relações contratuais de direito privado, mas que não serão abordados em face de sua irrelevância no momento.

### **1.1 Enriquecimento sem causa**

“Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.”

O artigo 884, supracitado, do Código Civil, consagra o princípio geral de direito universal do enriquecimento sem causa, já aplicado há muito tempo pela jurisprudência, bem como em vários dispositivos da legislação específica dos contratos administrativos.

Esse dispositivo do Código Civil, assim como o princípio geral do enriquecimento sem causa, busca restabelecer o equilíbrio entre dois patrimônios, onde um se enriqueceu enquanto o outro se empobrecia, sem nenhuma causa jurídica que tornasse válida tal situação.

Na definição clássica de Gomes (1972, p. 289):

Há enriquecimento ilícito quando alguém, a expensas de outrem, obtém vantagem patrimonial sem causa, isto é, sem que a tal vantagem se funde em dispositivo de lei, ou negócio jurídico anterior. São necessários os seguintes elementos: a) o enriquecimento de alguém; b) o empobrecimento de outrem; c) o nexo de causalidade entre o enriquecimento e o empobrecimento; e, d) a falta de causa justa.

O Código Civil não se limitou ao simples enunciado do artigo supracitado. Todo o texto referente à parte de contratos é permeado por dispositivos que aplicam o princípio do enriquecimento sem causa a hipóteses concretas.

## **1.2 Abuso de direito**

O artigo 187, do Código Civil, caracteriza, em obediência às regras morais que constituem a essência do novo Código, inclusive para fins de responsabilidade civil, a figura do abuso de direito.

O uso extrapolado de um poder, coisa ou direito, ou o uso além do permitido pelas limitações jurídicas, que venha a lesar alguém, caracteriza o abuso de direito. A conduta é, aparentemente, um ato legal ou lícito, mas esconde a ilicitude no resultado, por atentado ao princípio da boa-fé e aos bons costumes ou por desvio da finalidade para a qual o direito foi estabelecido.

“Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

Esse dispositivo do Código Civil, sem correspondência no Código anterior, é de extrema importância. Por ele, o abuso de direito caracteriza o cometimento de ato ilícito.

Não é apenas a prática de um ato com a efetiva intenção de lesar o outro ou a omissão de um dever de agir. É, acima de tudo, o exercício de um direito baseando-se no abuso, na má-fé, sem apoio na regra moral. Sílvio de Salvo Venosa (2001) denomina tal comportamento de “desvio finalístico do exercício do direito”.

### 1.3 Boa-fé nos contratos

O princípio da boa-fé, na modalidade objetiva, é novidade trazida pelo texto do Novo Código Civil em seu artigo 422, como dito anteriormente.

Nas lições de Venosa (2001, p. 341):

Coloquialmente, podemos afirmar que esse princípio se estampa pelo dever das partes de agir de forma correta antes, durante e depois do contrato, isso porque, mesmo após o cumprimento de um contrato, podem sobrar-lhes efeitos residuais.

Importa, pois, examinar o elemento subjetivo em cada contrato. A parte contratante pode estar já, de início, sem a intenção de cumprir o contrato, antes mesmo de sua elaboração. A vontade de descumprir pode ter surgido após o contrato. Pode ocorrer que a parte, posteriormente, veja-se em situação de impossibilidade de cumprimento. Cabe ao juiz examinar em cada caso se o descumprimento decorre de boa ou má-fé. Ficam fora desse exame o caso fortuito e a força maior, que são examinados previamente, no raciocínio do julgador, e incidentalmente podem ter reflexos no descumprimento do contrato.

Faz-se necessário, aqui, distinguir boa-fé subjetiva de boa-fé objetiva. A boa-fé subjetiva diz respeito ao estado psicológico do sujeito, no qual ele desconhece vícios ou impedimentos de certa situação jurídica na qual está inserido. A boa-fé, na modalidade subjetiva, já vem prevista na legislação civil desde o Código de 1916, e se refere à intenção do sujeito, ao conhecimento ou desconhecimento de detalhes da relação jurídica ou situação.

Já a boa-fé objetiva não está relacionada à subjetividade das partes ou do agente, mas sim a um padrão genérico de conduta. Não significa fazer uma análise do psicológico, da intenção da parte para concluir se ela sabia ou não da existência de determinado vício ou impedimento. Recorrer ao princípio da boa-fé objetiva significa buscar, em certo contexto social, qual é o padrão de conduta do homem correto, leal, honesto, probo.



O princípio da boa-fé objetiva determina que este padrão médio de ética, de probidade, seja o padrão de comportamento a ser seguido nas relações jurídicas, nas condutas dos contratantes em si.

Como dito anteriormente, o princípio da boa-fé objetiva é fonte dos deveres chamados laterais ou anexos, que são aqueles deveres que vão além dos criados expressamente nas cláusulas de um contrato, tendo em vista a complexidade de uma relação obrigacional. Esses deveres decorrem do que se espera que sejam as condutas das partes.

O princípio da boa-fé possui, ainda, outras funções no que se refere às relações contratuais, servindo como regra de interpretação e de integração dos contratos.

#### **1.4 Revisão dos contratos e teoria da imprevisão**

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

O dispositivo transcrito acima, determina a aplicação do chamado *justo corretivo* aos contratos em que fique configurada a onerosidade excessiva para uma das partes contratantes, levando-se em consideração a ocorrência de fatos imprevisíveis e extraordinários, justificando a resolução do contrato ou a modificação equitativa de suas condições originárias.

Além desse dispositivo, o Código Civil também consagra a possibilidade de resolução do contrato por onerosidade excessiva nos artigos 479 e 480, o que é significativa inovação.

Mesmo não tendo sido tratada no Código de 1916, a teoria da imprevisão já havia surgido e vinha se desenvolvendo a partir da jurisprudência. Prova disso é a existência de vários julgados que decidem de acordo com o que prevê o Código Civil atual. É o caso do REsp nº 177018/MG, da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que teve como relator o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, tratando de ação revisional de aluguel e onde aplicou-se a Teoria da Imprevisão:

RESP - CIVIL - LOCAÇÃO - REVISIONAL - ACORDO DAS PARTES - O princípio - "pacta sunt servanda" - deve ser interpretado de acordo com a realidade sócio-econômica. A interpretação literal da lei cede espaço à realização do justo. O magistrado deve ser o crítico da lei e do fato social. A cláusula "rebus sic stantibus" cumpre ser considerada para o preço não acarretar prejuízo para um dos contratantes. A lei de locação fixou prazo para a revisão do valor do aluguel. Todavia, se o período, mercê da instabilidade econômica, provocar dano a uma das partes, deve ser desconsiderado. No caso dos autos, restara comprovado que o último reajuste do preço ficara bem abaixo do valor real. Cabível, por isso, revisá-lo judicialmente. (DJ 21.09.1998 p. 250.)

Também no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, a 1ª Turma Cível, no acórdão nº 80794 de 1995, de relatoria do Desembargador Valter Xavier, analisando recurso de apelação que versava sobre contrato de compra e venda de imóvel, se manifestou pela aplicação da Teoria da Imprevisão:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. COMPRA E VENDA. DISTRATO. ARRAS. ARREPENDIMENTO. CLÁUSULAS CONTRATUAIS. INTERPRETAÇÃO TEORIA DA IMPREVISÃO. INÉPCIA DA INICIAL. 1. Estipuladas as hipóteses específicas em que seria presumida a ocorrência do arrependimento, apenas nos casos expressamente convencionados é que se poderia presumir, juris tantum, existente o motivo autorizador da incidência da lei de arras. 2. As cláusulas não surgem do nada, não surgem por obra e graça do acaso. Ingressam nos contratos em virtude da vontade motivada das partes. Há, sempre, uma reciprocidade, uma justificativa juridicamente aceitável para a sua existência. Aquilo que os contratantes efetivamente buscavam não pode ser desprezado em prol de uma interpretação literal das disposições lançadas no papel. Há de se indagar os fins a que se destinavam as liberalidades suspeitas em favor de um ou de outro dos contratantes. Desse modo, um distrato não pode comparecer totalmente divorciado do contrato que lhe deu causa. 3. A teoria da imprevisão se alicerça na existência de eventos extraordinários e imprevisíveis, a tornar impossível ou demasiado oneroso o cumprimento do avençado por uma das partes. Todavia, embora previsível a escalada inflacionária e a ineficiência do seu combate pela Administração, acreditar no governo e no Estado é obrigação do cidadão, que entende que a civilização não prescinde da vida em sociedade. A trindade estatal impõe coerência e harmonia de seus entes em relação aos jurisdicionados. Assim, embora previsível a irresponsabilidade de alguns governantes,

especialmente nas promessas e garantias de proporcionar dias melhores a todos, é lícito ao cidadão confiar que os atuais encarregados da condução dos negócios públicos constituem uma exceção a essa regra. Não é moral e nem lícito que se imponham ou se permita a imposição de sanções e perdas àqueles que no Estado harmônico confiaram. 4. Se a inicial tem pedido e causa de pedir, se da narração dos fatos decorre, logicamente, a conclusão; se a pretensão é juridicamente possível e nem há incompatibilidade entre os pedidos deduzidos, inexistente inépcia da inicial. Inteligência do artigo 295, parágrafo único, do Código de Processo Civil. (DJU 06.12.1995 p.18.550.)

A regra geral é que o contrato, uma vez firmado e concluído, seja intangível. Tal regra decorre do princípio da *pacta sunt servada* (ou intangibilidade, ou força vinculante), segundo o qual o contrato faz lei entre as partes. Como dito anteriormente, por esse princípio, as estipulações feitas no contrato devem ser fielmente cumpridas. O ato negocial é intangível, a menos que ambas as partes o rescindam voluntariamente ou que haja a escusa por caso fortuito ou força maior.

No entanto, o contrato, em sua nova concepção, requer uma atenuação do princípio geral, admitindo certas exceções. Vale ressaltar que tais exceções não compreendem, no âmbito do direito privado, a alteração contratual feita por uma das partes unilateralmente.

Admite-se a alteração do pactuado, diante da vontade de ambas as partes contratantes, conjuntamente, dentro dos limites de sua autonomia. Tal revisão poderá ter como objetivo o esclarecimento, a interpretação, a integração ou, até mesmo, a substituição de cláusulas do contrato.

Da mesma forma, podem as partes contratantes resolvê-lo, que é uma das formas de extinção dos contratos.

Existe, ainda, a possibilidade de intervenção judicial para revisão das condições contratuais. Essa revisão poderá ocorrer em casos de enriquecimento sem causa ou de abuso de direito, por exemplo. Nessas situações, a vontade de uma das partes é substituída pela sentença judicial.

Venosa (2001, p. 413) ensina:

A possibilidade de intervenção judicial no contrato ocorrerá quando um elemento surpresa, uma circunstância nova, surja no curso do contrato, colocando em situação de extrema dificuldade um dos contratantes, isto é, ocasionando uma excessiva onerosidade em sua prestação. Nem sempre essa onerosidade equivalerá a um excessivo benefício em prol do credor. Razões de ordem prática, de adequação social, fim último do direito, aconselham que o contrato nessas condições excepcionais seja resolvido, ou conduzido a níveis suportáveis de cumprimento para o devedor.

Deve-se lembrar que o que justifica a revisão judicial de um contrato é a imprevisão, uma situação que venha a surgir e que não era possível prevê-la. Fatores externos e dificuldades perfeitamente previsíveis não justificam a revisão do contrato, pois acabaria acarretando em violação ao princípio da obrigatoriedade dos contratos.

Ainda nas palavras de Venosa (2001, p. 414):

Muitas teorias procuram explicar o fenômeno, todas formando um complexo doutrinário. Para uns, fundamenta-se na *pressuposição*: os fenômenos sociais posicionam-se dentro das situações em que os contratos foram ultimados. A vontade contratual, em síntese, não pressupõe o acontecimento inesperado que desequilibrou o contrato. Outros entendem que todo contrato possui uma *condição implícita* de permanência de uma realidade, cuja modificação substancial autoriza a supressão dos efeitos por ela causados. São explicações subjetivas da teoria da excessiva onerosidade.

Outras correntes partem para explicações objetivas. Pelo princípio da *reciprocidade* ou *equivalência das condições*, nos contratos bilaterais, ou unilaterais onerosos, deve existir certo equilíbrio nas prestações dos contratantes, desde o momento da estipulação até o momento de seu cumprimento. Se um fator externo rompe esse equilíbrio, estará autorizada a intervenção. Para outros, como o contrato desempenha uma *função social e econômica*, o desequilíbrio da sociedade e da economia autorizam a revisão.

Fala-se em cláusula *rebus sic stantibus*, que é um instituto que tem registro desde o Código de Hammurabi, que admitia a imprevisão nas colheitas. Por essa cláusula as partes estipulam que o cumprimento do que foi contratado se subordina a não modificação futura de pressupostos e circunstâncias que deram ensejo ao pactuado. Costuma-se traduzir a expressão *rebus sic stantibus* como “enquanto as coisas ficarem no estado em que estão”.

Pode-se afirmar que não é qualquer situação que enseja e possibilita a revisão, nem é qualquer contrato que é passível de revisão.

Para que seja possível a revisão do contrato, é necessário o cumprimento de certos requisitos. O primeiro deles é a ocorrência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, que devem ser genéricos, atingindo uma parte da sociedade e não apenas uma das partes contratantes, em caráter particular, subjetivo. Deste requisito, se afasta o risco assumido no contrato. Ele não pode ser considerado como acontecimento extraordinário, uma vez que as partes sabiam que poderia vir a ocorrer.

Além de extraordinário e imprevisível, o acontecimento deve influenciar de forma direta no objeto do contrato, aumentando o esforço do obrigado. Deve incidir sobre a prestação, de forma que a torne *excessivamente onerosa* para o devedor.

Dessa forma, se o fato não for imprevisto e imprevisível para as partes contratantes, não será cabível a aplicação da cláusula de revisão.

Para que seja reconhecida a teoria da imprevisão e operada a revisão do contratado, o devedor que teve sua prestação onerada deve ingressar com uma ação judicial. Tal ação pode ter como objetivo a resolução do contrato, com sua conseqüente extinção, ou o seu ajuste, com a redução da prestação de forma que atinja um limite aceitável, dentro das circunstâncias.

Portanto, o juiz deve buscar a solução mais adequada para cada caso concreto, considerando a natureza do instituto e os interesses das partes de modo que nenhuma acabe prejudicada.

## 2 CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO

O Estado não dispõe de todos os recursos materiais e humanos que são necessários para a execução de sua função. Dessa forma, precisa recorrer ao particular para adquirir bens que necessite e não possua ou para solicitar os serviços do particular, para compras, prestação de serviços, concessão de serviços públicos, alienação de bens, etc. Para tanto, o Estado celebra contratos com o particular.

Tem-se um contrato sempre que a Administração Pública firmar compromissos com terceiros.

Como dito no capítulo anterior, contrato é todo acordo de vontades firmado pelas partes, criando entre elas direitos e obrigações recíprocas. Trata-se de uma relação criada de forma consensual, ou seja, por vontade livre das partes.

Quando uma das partes da relação contratual for a Administração Pública, ter-se-á um contrato da Administração.

Conforme ensina Carvalho Filho (2005, p. 147):

Toda vez que o Estado-Administração firma compromissos recíprocos com terceiros, celebra um contrato. São esses contratos que se convencionou denominar de **contratos da Administração**, caracterizados pelo fato de que a Administração Pública figura num dos pólos da relação contratual. Nota-se que a expressão tem sentido amplo e visa a alcançar todos os ajustes bilaterais firmados pela Administração (DI PIETRO apud CARVALHO FILHO, p. 147). Desse modo, a noção corresponde a um **gênero**.

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que institui normas para contratos da Administração Pública, define contrato no parágrafo único de seu artigo 2º, *in verbis*:

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontade para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Portanto, a referida lei abrange todos os contratos celebrados pela Administração Pública, nela disciplinados sob a denominação de contratos administrativos.

Dentro dos contratos que a Administração pode celebrar, existe uma divisão doutrinária em duas espécies: os chamados **contratos privados da Administração** e os **contratos administrativos propriamente ditos**.

A primeira espécie, a dos contratos privados da Administração, abrange os contratos regidos pelo direito privado, mas que são utilizados pela Administração Pública. São os contratos celebrados, para a consecução de suas finalidades, com particulares, sob a égide, predominantemente, do direito privado, civil ou comercial, como se a Administração Pública fosse um sujeito comum, despojada de suas prerrogativas e privilégios, embora sujeita a certas formalidades e limitações, que sempre marcam a presença do poder público na relação jurídica. A Administração nivela-se ao particular, numa relação de horizontalidade, apesar de sua posição ser tratada com observância aos princípios de direito público. Vários são os exemplos dessa espécie de contratos da Administração como locação, compra e venda, seguros, etc.

Já a segunda espécie trata-se dos contratos administrativos propriamente ditos, disciplinados especificamente no âmbito da Administração Pública, que não encontram paralelo no campo privado. São os contratos que a Administração Pública faz sob a égide de direito público, em regime jurídico especial, de direito administrativo, e que é caracterizado pelo pleno uso de suas prerrogativas de potestade pública. São exemplos dessa espécie os contratos de obra pública, os de concessão de serviço público, etc. Nos contratos administrativos propriamente ditos, muito freqüentemente ao contratado somente resta o direito de dizer sim ou não,

sem nenhuma possibilidade de negociar as suas condições. Aliás, essas condições já vêm impressas e uniformes.

A diferença básica entre um e outro é a aplicação do regime jurídico, visto que o aplicado aos contratos administrativos propriamente ditos é o regime jurídico-administrativo. Já os contratos privados da Administração, têm regime especial que utiliza as regras do direito privado e do direito público.

Ainda que os princípios das duas espécies de contratos da Administração sejam os mesmos, as regras aplicáveis aos contratos privados da Administração não são as mesmas aplicáveis aos contratos administrativos propriamente ditos.

Ambas as espécies de contratos são abrangidas pela definição genérica do parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 8.666/93.

Di Pietro (2000) entende que os contratos da Administração (expressão ampla - gênero) compreendem os contratos celebrados pela Administração Pública, seja sob o regime de direito público, seja sob regime de direito privado. Já os contratos administrativos são ajustes que a Administração Pública celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para consecução de fins públicos, de acordo com o regime jurídico de direito público.

Outros autores entendem que de um lado existem os contratos administrativos e de outro os contratos da Administração Pública regidos basicamente pelo direito privado. No entanto, para eles, não há que se falar em contratos privados da Administração Pública, visto que estes não existem, alegando sim a existência de contratos da Administração Pública regidos com mais intensidade por regras de direito privado.

A própria Lei nº 8.666/93, que rege os contratos da Administração, define a existência de prerrogativas.



O fato do regime ser de direito público no contrato administrativo, exclui outro tipo de regime, sendo determinado pela lei que se aplique normas de direito privado apenas em caráter supletivo, mas jamais deixando de observar os princípios gerais do direito administrativo que tutelam as atividades da Administração Pública.

O mesmo não ocorre com os contratos privados da Administração, onde a incidência das regras de direito privado não exclui a aplicação das regras de direito público. O que ocorre nestes contratos é a predominância do direito privado, devendo as suas normas conviver e observar a incidência dos princípios e normas de direito público impostos pela lei.

Em ambas as espécies de contratos da Administração, o Estado não goza de ampla autonomia de vontade. A Administração Pública, por sua própria natureza e objetivos, se sujeita a uma série de exigências de ordem pública, que acabam limitando a sua manifestação de vontade. Em se tratando de contratos em que a Administração Pública participa, a sua vontade se limita e se vincula a regras especiais em função da sua finalidade de persecução do interesse público. Prova disso são as restrições a que ela se sujeita no que diz respeito a exigências e formas de contratar.

Além das exigências especiais, decorrentes do regime jurídico próprio e peculiar dos contratos da Administração, estes, ainda, são regidos pelos preceitos gerais dos atos administrativos no que se refere, mais especificamente aos seus requisitos ou elementos essenciais (competência, finalidade, forma, motivo e objeto).

Cada espécie de contratos da Administração possui suas peculiaridades. A principal delas é o regime jurídico a ser aplicado. Embora sejam regidos por regimes jurídicos diversos, nem sempre é fácil distinguir os contratos privados da Administração e os contratos administrativos propriamente ditos.

Cabe ao intérprete, em caso concreto, diferenciar e escolher as disposições aplicáveis, se de direito privado ou de direito público. Essa tarefa nem sempre será fácil, tendo em vista a interpenetração de normas.

### 3 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Nos contratos firmados entre a Administração Pública e o particular, cabe a este a decisão de aceitar ou não a pactuação. Em caso de não aceitação por parte do particular, não existe contrato. O particular deve decidir se irá se submeter ou não ao contrato com a Administração.

Dessa forma, tem-se a autonomia da vontade do particular como uma das características do contrato administrativo, podendo o particular aceitar ou não a criação do vínculo com a Administração Pública, sendo que não poderá ser obrigado a fazê-lo.

O contrato depende do acordo entre as partes e, portanto, tem como um de seus fundamentos o princípio da autonomia da vontade, uma vez que o particular pode decidir por contratar ou não com a Administração Pública.

Já a Administração tem sua liberdade contratual, de certa forma, limitada, visto que o administrador público não administra bens e interesses próprios, mas sim bens e interesses públicos.

Dessa forma, o contratado fica em posição de inferioridade na relação jurídica com o poder público, pois está representando apenas um interesse particular. À Administração Pública cabe um poder de supremacia, que se justifica por esta representar, no contrato, o próprio interesse coletivo.

Nenhum contrato de direito público se constitui sem o mútuo consentimento das partes, pouco importando que as cláusulas do contrato já estejam pré-redigidas unilateralmente ou fixadas por lei.

O particular, em qualquer hipótese de contrato com a Administração, é livre para formar o vínculo. Porém, se optar por contratar não terá tal liberdade no tocante às cláusulas, que deverá aderir quando do edital, etc.

Pode-se dizer, então, que o contrato administrativo consiste em um contrato celebrado entre a Administração Pública e terceiros, resultante de um acordo de vontades, que tem por objetivo estabelecer uma relação jurídica entre as partes contratantes, cuja finalidade principal é a persecução do interesse coletivo e do próprio Estado.

Hely Lopes Meirelles (2001) vê o contrato administrativo como o ajuste firmado com particular ou outra entidade administrativa, pela Administração Pública, para a consecução de objetivos de interesse público, sob condições estabelecidas por ela mesma.

A doutrina apresenta vários conceitos para contrato administrativo. Nas palavras de Carvalho Filho (2005, p. 148):

De forma simples, porém, pode-se conceituar o contrato administrativo como **o ajuste firmado entre a Administração Pública e um particular, regulado basicamente pelo direito público, e tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza interesse público.**

A característica mais marcante dos contratos administrativos é a presença das chamadas cláusulas exorbitantes, que dão à Administração a possibilidade de alterações e rescisão unilateral, independente de intervenção judicial.

Apesar da Administração Pública se encontrar, em tese, em posição de superioridade ao particular, a utilização da supremacia do interesse público reside na busca de interesses que não dizem respeito a pessoa jurídica enquanto tal, mas sim no real interesse da coletividade. Ou, em outras palavras, para a viabilização dos interesses que dizem respeito à coletividade, e não endereçado a este ou aquele administrado.

Sendo assim, não resta dúvida de que as cláusulas exorbitantes são marcas registradas do contrato administrativo, mas caso elas desrespeitem os princípios gerais da Administração Pública, constantes no artigo 37 da Constituição Federal, e de direito, poderão ser questionadas judicialmente e até mesmo administrativamente, pois o interesse público não possui a força de anular as garantias individuais do particular. Este não é o espírito das cláusulas exorbitantes, que deverão ser postas no pacto para proteger o interesse público de qualquer manobra ou impontualidade do mau prestador do serviço ou contratado.

Nesse contexto, os princípios de Direito Público que deverão ser verificados na relação contratual são, dentre outros, os contidos no caput do artigo 37 da Constituição Federal (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), além dos estipulados pelo artigo 3º da lei nº 8666/93, que, mesmo dirigidos para a licitação, necessariamente devem ser respeitados quando da celebração das cláusulas e condições do contrato. São eles: proibidade administrativa e vinculação ao instrumento convocatório, dentre os outros princípios que já são impostos pelo aludido artigo 37 da Carta Magna. Estes não são os únicos princípios, devendo os demais, aplicáveis em especial ao direito público, serem respeitados na relação contratual em que a Administração Pública figure como uma das partes.

Além dos princípios, os contratos administrativos são regulados, basicamente, pela já citada Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, conhecida como o Estatuto dos Contratos e Licitações Públicas.

Ressalta-se que outras leis foram promulgadas por Estados e Municípios regulando a matéria com regras de caráter específico e, portanto, só valem para seus respectivos territórios.

### 3.1 Regime jurídico dos contratos administrativos

A Administração Pública, como parte de um contrato, pode se submeter tanto ao regime jurídico de direito público como ao regime jurídico de direito privado, ressaltando que neste último caso, apesar do contrato ser regido por regras de direito privado, não poderá deixar de observar e respeitar os princípios gerais do direito administrativo.

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2000), a opção pelo regime a ser adotado, via de regra, vem expressa na Constituição Federal ou em Lei. A Administração Pública não pode simplesmente optar por um regime jurídico que não o autorizado por lei ou pela Constituição.

Como exemplo de regime jurídico determinado pela Constituição Federal pode-se citar o artigo 173, §1º, inciso II, *in verbis*:

Art. 173. (...) §1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispõe sobre:

I - (...)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias.

Isto quer dizer que à Administração Pública, empresas públicas e sociedades de economia mista, não resta outra opção senão a estabelecida pela Constituição.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2000) diz que, embora a Administração empregue alguns preceitos do direito privado, não fica integralmente submissa a ele, justamente por não poder abrir mão de determinados privilégios para permitir que possa atingir sua finalidade de preservar o interesse público.

Alguns autores alegam que todos os contratos em que a Administração Pública é parte, são regidos pelo regime jurídico de direito público, discordando, assim, do entendimento da autora supracitada.

Para atingir seus fins, a atividade administrativa se submete a um conjunto de regras e princípios que formam o chamado regime jurídico-administrativo. São regras e princípios jurídicos específicos para a Administração Pública, que não incidem nas relações privadas, tendo em vista que a Administração é dotada de certas prerrogativas específicas

As prerrogativas da Administração Pública se justificam, especialmente, pelos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público pela Administração.

O princípio da supremacia do interesse público, além de orientar o legislador no processo de elaboração das normas jurídicas de direito público, dirige-se principalmente à Administração Pública, em sua função de aplicar a lei no exercício de sua atividade administrativa. Este princípio expressa a superioridade do interesse da coletividade em relação ao interesse do particular. É deste princípio que surge a posição privilegiada de órgãos e entidades da Administração Pública, que representam o interesse público.

Diferentemente do que ocorre nas relações de direito privado, entre particulares, onde existe igualdade entre as partes gerando uma relação de forma horizontal, nas relações entre particular e a Administração, esta ocupa posição de supremacia, caracterizando a verticalidade típica das relações em que a Administração Pública é parte.

A posição de supremacia da Administração faz com que o poder público possa, por ato unilateral, constituir obrigações aos contratados e modificar a relação já pactuada, desde que respeitado o ordenamento jurídico.

O regime jurídico dos contratos administrativos é o ponto que os distingue dos contratos de direito privado. Nos contratos privados é a vontade juridicamente igual das partes que o define. O mesmo não ocorre nos contratos administrativos, onde apesar do particular ter a liberdade para decidir se irá ou não contratar, ele não se encontra no mesmo patamar que a Administração, devido às prerrogativas que o poder público tem, justamente o que atribui a este posição de superioridade em relação à outra parte.

Dessa forma, o regime jurídico dos contratos administrativos se diferencia do regime de direito privado em razão das prerrogativas conferidas à Administração e da limitação da liberdade que ela possui no momento da contratação, já que o interesse geral impõe limites à atividade administrativa.

Esse regime jurídico dos contratos administrativos advém do regime jurídico-administrativo.

Apesar de existir regime jurídico específico a ser aplicado aos contratos administrativos, serão aplicados de forma supletiva os princípios e as regras de direito privado, da teoria geral dos contratos, quando não houver solução advinda dos princípios e regras de direito público e desde que não haja divergência com o regime de direito público. É o que determina o *caput* do artigo 54, da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.



### 3.2 Prerrogativas da Administração Pública

Como tratado no item anterior, a Administração se encontra em posição privilegiada nos contratos administrativos, conferindo a ela certas prerrogativas.

As prerrogativas da Administração Pública são usualmente chamadas de “cláusulas exorbitantes”, ou “cláusulas derogatórias” do direito comum, e encontram-se, de forma explícita ou implícita, em todos os contratos administrativos.

São chamadas de exorbitantes porque vão além dos limites do direito privado, saem da órbita do direito privado. E de derogatórias por anularem, substituírem preceitos legais.

Como o Estado visa a realização do interesse público, ele deve colocar imposições legais como normas obrigatórias no contrato celebrado com o particular.

Isso não quer dizer que o Estado irá impor ao particular determinadas cláusulas e condições que gerem obrigações que acabem com o próprio direito fundamental do particular. O objetivo do contrato não é prejudicar o particular, a parte mais fraca da relação jurídica, mas sim proteger o interesse público, da coletividade.

Acontece que os contratos administrativos, pela presença da Administração Pública, são marcados pela possibilidade jurídica de imposição unilateral da vontade superior, ou seja, do poder do Estado a favor do interesse público, sem cometer atos que caracterizem abuso de poder ao contrair relação jurídica com particulares.

Ao mesmo tempo que possui prerrogativas, existem restrições, sujeições a que a Administração Pública deve se submeter, sob pena de nulidade do seu ato ou mesmo de responsabilização do agente, autoridade.

Portanto, assim como existem prerrogativas que colocam a Administração Pública em posição privilegiada em relação ao particular, também existem as restrições a que ela deve se submeter e que limitam suas atividades à sua finalidade e aos seus princípios. Vale lembrar que a não observância à tais restrições caracteriza o desvio de poder.

Meirelles (2001, p. 178) explica a razão da existência dessas cláusulas:

Cláusulas exorbitantes são, pois, as que excedem do Direito Comum para consignar uma vantagem ou uma restrição à Administração ou ao contratado. As cláusulas exorbitantes não seriam lícitas num contrato privado, porque desigualariam as partes na execução do avençado, mas são absolutamente válidas no contrato administrativo, uma vez que decorrem da lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa e visam a estabelecer prerrogativas em favor de uma das partes, para o perfeito atendimento do interesse público, que se sobrepõe sempre aos interesses particulares.

Dessa forma, a presença de cláusulas exorbitantes é uma característica marcante e que diferenciam os contratos administrativos dos contratos privados.

Ainda nas lições de Meirelles (2001, p. 178):

As cláusulas exorbitantes podem consignar as mais diversas prerrogativas, no interesse do serviço público, tais como a ocupação do domínio público, o poder de promover desapropriação e a atribuição de arrecadar tributos, concedidos ao particular contratado para a cabal execução do contrato. Todavia, as principais são as que se exteriorizam na possibilidade de **alteração e rescisão unilateral do contrato; no equilíbrio econômico e financeiro; na revisão de preços e tarifas; na inoponibilidade da exceção de contrato não cumprido; no controle do contrato e na aplicação de penalidades contratuais pela Administração.**

As prerrogativas da Administração Pública, no direito administrativo, encontram-se elencadas, basicamente, no artigo 58 da Lei nº 8.666/93.

### **3.3 Alteração nos contratos administrativos**

A Lei nº 8.666/93 enumera as hipóteses de alteração nos contratos administrativos em todo o artigo 65. O *caput* do referido artigo deixa claro que a

Administração poderá fazer alterações em seus contratos, apresentando as “devidas justificativas” para tanto.

As alterações nos contratos administrativos devem ser feitas por ato administrativo vinculado aos motivos que as determinaram.

Justen Filho (2000, p. 394) comenta:

Como princípio geral, não se admite que a modificação do contrato, ainda que por mútuo acordo entre as partes, importe alteração radical ou acarrete frustração aos princípios da obrigatoriedade da licitação e isonomia. Se a modificação configurar-se como uma forma de punição ao contratado, para agravar ou tornar mais onerosas as condições de execução, haverá desvio de finalidade. A Administração pode tornar mais graves as condições de execução, desde que isso represente benefícios para o interesse público; não pode tornar mais severas as condições de execução apenas (ou precipuamente) para prejudicar ou punir o contratado.

A mutabilidade por vontade unilateral da Administração Pública é a mais notável e singular característica dos contratos da Administração, sendo sua disciplina uma norma geral de competência privativa da União, nos termos do artigo 22, XXVII, da Constituição Federal.

A alteração unilateral só poderá recair sobre as cláusulas que dizem respeito ao valor contratual ou naquelas acerca do objeto para melhor adequá-las aos seus objetivos, sempre visando o interesse público. Ressalta-se que a Administração não poderá impor alteração como e quando quiser. Um contrato só poderá ser modificado nos casos citados e sempre com suas respectivas justificativas, demonstrando a necessidade de alteração.

Deve-se avaliar a existência dos motivos que levam a Administração a invocar as cláusulas exorbitantes como forma de legitimar a alteração unilateral, ou até mesmo a rescisão, do contrato. Não basta que a Administração alegue o interesse público para tornar legítima a sua decisão unilateral. Isso porque o Princípio da Supremacia do Interesse Público não pode servir como cobertura da atuação administrativa, que, em desequilíbrio entre a interpretação administrativa e

o efetivo interesse da coletividade, conflite com a própria legalidade. É preciso sempre que se constate e valorize os reais motivos que levam a Administração a exercer as suas prerrogativas contratuais extravagantes, sob pena de cometimento de ato ilegal e nada razoável.

Para tanto, é imprescindível que se verifique se a finalidade pública está sendo preservada, ou se a decisão unilateral está sendo tomada por interesse do administrador público, que não se confunde com o real interesse da coletividade.

A Administração deve atuar sempre em conformidade com os ditames legais, visando a consecução da sua finalidade.

Dessa forma, existem limites para a decisão unilateral da Administração, assim como para qualquer ato discricionário, com o objetivo de evitar excessos. Devem sempre estar presentes os motivos e a legalidade que norteiam a Administração Pública, para que não se cometa ato abusivo com excesso de poder ou até mesmo contrário ao interesse público.

Existem também as alterações que, embora admitidas, só poderão ser validamente introduzidas no contrato se contarem com o consenso das partes contratantes. O inciso II do artigo 65, da lei nº 8.666/93, estabelece em suas alíneas quatro situações de alterações que só podem resultar de consenso, vedando, assim, a sua imposição por ato unilateral da Administração, quais sejam: *a)* substituição das garantias relacionadas com a execução do contrato; *b)* modificação do regime de execução do objeto contratado, desde que haja se demonstrado a inaplicabilidade dos termos contratuais originalmente avençados; *c)* modificação da forma de pagamento, desde que para atender circunstâncias posteriores à celebração do contrato, mantendo-se o valor original atualizado e vedada a antecipação de pagamentos a que não corresponda o fornecimento de bens ou

execução de obra ou serviço; d) o rompimento do equilíbrio da equação econômico-financeira do contrato, estabelecida quando do início da avença.

Neste último caso, de rompimento do equilíbrio econômico-financeiro, o que autoriza a alteração pode decorrer tanto de fato imprevisível (onde fala-se na teoria da imprevisão que será abordada logo mais adiante), quanto de fato previsível mas de efeitos incalculáveis, podendo tais fatos corresponderem tanto a eventos da natureza ou do Estado, desde que sejam suficientes para impedir ou atrasar a execução do contrato. Assim, o atraso ou impedimento suportáveis não geram direito à revisão do avençado, uma vez que seriam inerentes a todo contrato.

Isso não quer dizer que as alterações consensuais se limitam a essas situações definidas no inciso II. As partes contratantes têm a liberdade para introduzir no contrato qualquer alteração que resulte de consenso, desde que observados os limites legais. O referido inciso nos faz concluir apenas que nas situações ali relacionadas não pode haver alteração por ato unilateral da Administração.

Quando se fala na ocorrência de fato imprevisível que autoriza a alteração do contrato com o objetivo de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro da relação, estamos diante da teoria da imprevisão. Portanto, a aplicação de tal teoria aos contratos administrativos está condicionada à ocorrência de eventuais mudanças no contexto em que o contrato foi realizado devido a fatos inesperados e alheios a atuação das partes.

Conforme dispõe o §1º do artigo 57, da Lei nº 8.666/93, a Administração Pública tem o poder de alterar unilateralmente as condições dos contratos administrativos. Estas alterações estão condicionadas, pela própria lei, à manutenção das demais cláusulas do contrato e do equilíbrio econômico-financeiro.

Desta maneira, a Administração deve promover a alteração das cláusulas relativas às suas obrigações contratuais devido à onerosidade causada nas obrigações do contratado, tendo em vista que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato nada mais é do que a manutenção da relação entre as obrigações ajustadas no tocante à sua onerosidade, ou seja, equilíbrio da relação contratual, conforme esclarece o artigo 58, §2º, da Lei nº 8.666/93.

Não é apenas nestes casos que ocorre a alteração forçada dos contratos administrativos. Ainda que a Administração Pública não altere unilateralmente as cláusulas contratuais, o contrato pode se tornar excessivamente oneroso para uma das partes por conta de fatores externos ao contrato administrativo, levando à alteração do contrato por força da teoria da imprevisão. Conforme conceitua a doutrina da referida teoria, a radical modificação do estado de fato do momento da contratação determinada por acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, dos quais decorra onerosidade excessiva no cumprimento da obrigação, o que gera a possibilidade de revisão contratual.

Em se tratando de contratos administrativos, a teoria da imprevisão foi expressamente acolhida pela Constituição Federal, no inciso XXI do seu artigo 37, ao garantir que neles haviam de ser mantidas as condições efetivas da proposta. Nesse sentido também foi a alteração trazida pela Lei nº 8.883/94 à Lei nº 8.666/93, incluindo expressamente nos contratos administrativos a hipótese de revisão contratual por elementos externos, no artigo 65, II, *d*, já mencionado.

O acordo das partes apontado no inciso II do artigo supramencionado, diz respeito apenas aos valores a serem renegociados e não à necessidade da Administração promover a renegociação total do avençado, pois uma vez que deve

observar o princípio da legalidade, tem por obrigação realizar a recuperação do equilíbrio contratual, conforme ensina Justen Filho (2000, p. 402):

Uma vez verificado o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro, o particular deve provocar a Administração para adoção das providências adequadas. Inexiste discricionariedade. A Administração pode recusar o restabelecimento da equação apenas mediante invocação da ausência dos pressupostos necessários. Poderá invocar:

- \* ausência de elevação dos encargos do particular;
- \* ocorrência de evento antes da formulação das propostas;
- \* ausência de vínculo de causalidade entre o evento ocorrido e a majoração dos encargos do contratado;
- \* culpa do contratado pela majoração dos seus encargos (o que inclui a previsibilidade da ocorrência do evento).

[...]

Deverá examinar-se a situação originária (à época da apresentação das propostas) e a posterior. Verificar-se-á se a relação original entre encargos e remuneração foi afetada. Em caso positivo, deverá alterar-se a remuneração do contratado proporcionalmente à modificação dos encargos.

### 3.4 Características dos contratos administrativos

Como já dito no capítulo 2 deste trabalho, o Estado não dispõe de todos os recursos materiais e humanos que são necessários para a execução de sua função para atingir sua finalidade. Assim, recorre com frequência à colaboração de particulares para adquirir bens, realizar obras ou assegurar a prestação de serviços.

Na maioria das vezes, a Administração Pública o faz por meio de contrato, que é um acordo de vontades que gera obrigações recíprocas.

Surge, então, a figura dos contratos administrativos que, em regra, são pessoais, comutativos, onerosos e formais. Excepcionalmente, será admitida a ausência de alguma dessas características.

Diz-se que os contratos administrativos são pessoais pois somente o contratado pode executá-lo.

Por exigirem a forma escrita para sua celebração, os contratos administrativos são formais.

São, ainda, onerosos, por possuírem uma contraprestação que segue à prestação. Ou seja, ambas as partes contratantes possuem direitos e deveres, vantagens e obrigações.

E, por último, os contratos administrativos apresentam a característica da comutatividade, pois as partes contratantes têm conhecimento, de plano, de suas respectivas prestações.

Além das já citadas, outra característica fundamental aos contratos administrativos é a necessidade de procedimento licitatório prévio. A licitação é uma espécie de seleção feita pela Administração Pública com o objetivo de obter a proposta mais vantajosa para a consecução de seu interesse. Vale ressaltar que a licitação poderá ser dispensável nas hipóteses autorizadas por lei.

O contrato administrativo tem como premissa básica a supremacia do interesse público sobre o privado, o que gera as chamadas cláusulas exorbitantes, que asseguram certos privilégios à Administração. De certa forma, elas permitem à Administração o que é vedado ao particular, mas não permitem que a Administração extravase seus poderes para o campo do abuso de direito.

As cláusulas exorbitantes não precisam estar, expressamente, no contrato, podendo decorrer diretamente da lei, de atos administrativos ou, ainda, dos princípios gerais de direito público. São exemplos dessas cláusulas: a alteração unilateral do contrato, bem como a sua rescisão; o equilíbrio econômico-financeiro; a exigência de garantia; o controle do contrato; e, a inoponibilidade da exceção de contrato não cumprido.

A exceção de contrato não cumprido, princípio da *exceptio non adimpleti contractus*, é tratada com restrições ao se falar em contrato administrativo. O particular contratado não pode interromper sua prestação alegando a falta de



pagamento por parte do Estado, o que decorre do princípio da continuidade do serviço público.

Isso porque a norma básica que informa todo o campo do Direito Público, também é base nos contratos administrativos: o interesse público está acima do interesse particular individual. Enquanto nos contratos celebrados entre particulares, existem interesses de igual valor, nos contratos entre o Poder Público e um particular, o interesse geral, do Poder Público, deve superar os interesses privados.

O funcionamento ininterrupto dos serviços públicos deve ser garantido nos contratos administrativos. Se o serviço público, objeto primordial do Direito Administrativo, for interrompido, ter-se-á um mal estar de conseqüências imprevisíveis, uma vez que toda a coletividade sofrerá os efeitos da interrupção.

Portanto, não cabe opor a exceção do contrato não cumprido contra a Administração, em virtude do princípio da continuidade do serviço público, que é inerente aos contratos administrativos, sendo tal regra para favorecer os interesses da coletividade e à própria Administração.

Assim, se a Administração, por qualquer motivo, deixar de cumprir o que foi avençado com o particular, mediante contrato administrativo, não é lícito a este último simplesmente eximir-se de cumprir suas obrigações, a pretexto da inadimplência da outra parte.

Di Pietro (2000, p. 254) assim ensina:

No direito privado, quando uma das partes descumpre o contrato, a outra pode descumprir-lo também, socorrendo-se da *exceptio no adimpleti contractus* (exceção do contrato não cumprido), com fundamento no artigo 1.092 do Código Civil.

No direito administrativo o particular não pode interromper a execução do contrato, em decorrência dos princípios da continuidade do serviço público e da supremacia do interesse público sobre o particular; em regra, o que ele deve fazer é requerer, administrativa ou judicialmente, a rescisão do contrato e pagamento das perdas e danos, dando continuidade à sua execução, até que obtenha ordem da autoridade competente (administrativa ou judicial) para paralisá-lo. (Note-se que a Lei nº 8.666 só prevê a

possibilidade de rescisão unilateral por parte da Administração (art. 79, I); em nenhum dispositivo confere tal direito ao contratado).

Vale ressaltar que a inadimplência da Administração Pública por período superior a 90 (noventa) dias, constitui motivo para rescisão do contrato, autorizando, assim, o particular a pleitear a rescisão contratual por culpa da Administração. É o que prevê o inciso XV do artigo 78, da Lei nº 8.666/93.

A Administração Pública possui a prerrogativa de fiscalizar a execução do contrato, podendo aplicar penalidades ao particular contratado e retomar o objeto do contrato, assumindo o serviço e a atividade, especialmente em se tratando de atividade essencial, quando houver a possibilidade de paralisação que possa vir a prejudicar o interesse público.

Nas palavras de Venosa (2001, p. 505-506):

Concluimos que toda problemática do contrato administrativo, no que tange a suas características, gravita em torno do interesse do serviço público e das cláusulas exorbitantes. Enquanto o serviço público é o objeto do contrato, a cláusula exorbitante refere-se a seu regime jurídico (Altamira, 1971:501).

As questões de interpretação do contrato administrativo levam em conta o que dissemos a respeito dos contratos de cláusulas predispostas ou de adesão. No entanto, temos de considerar sempre o interesse público, sem nos descurarmos dos princípios que norteiam a participação do particular.

### **3.5 Os contratos na lei nº 8.666/93**

Como já dito ao longo desse trabalho, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, ficando conhecida como o Estatuto dos Contratos e Licitações Públicas.

A referida lei trata de todos os contratos celebrados pela Administração Pública, reconhecendo a existência de um gênero, os contratos públicos, que se subdivide em duas espécies: a dos contratos administrativos e a dos contratos com

incidência das normas de direito privado, mas que não deixam de observar o regime jurídico dos contratos públicos em geral.

O capítulo III da Lei, que compreende dos artigos 54 a 80, trata especificamente de contratos.

Partiremos agora para uma breve análise de cada um dos dispositivos que formam o capítulo referente a contratos na Lei.

O artigo 54 retrata, antes de mais nada, a sujeição dos contratos da Administração Pública aos princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, ao se referir aos preceitos de direito público. O caráter público dos contratos mencionados neste dispositivo não significa a abolição dos princípios da teoria geral dos contratos, nem das normas típicas de direito privado. Em regra, no contrato administrativo, o fato do regime ser de direito público exclui qualquer outro. Porém, pelo artigo em análise, será possível recorrer-se à teoria geral dos contratos e às disposições de direito privado, quando o direito administrativo positivo se mostrar omissivo. Deve-se ressaltar que tais normas deverão ser examinadas, quando de sua aplicação, à luz dos princípios gerais que tutelam a atividade administrativa.

Além disso, o §1º do artigo supracitado estabelece que todos os contratos deverão reproduzir os direitos, obrigações e responsabilidades que tenham sido definidas nos termos da licitação e na proposta. Ou seja, as cláusulas do contrato estão vinculadas aos atos anteriores à avença propriamente dita. Assim também faz o §2º, que vincula as cláusulas dos contratos decorrentes de dispensa ou inexigibilidade de licitação “aos termos do ato que os autorizou e da respectiva proposta”.

Seguindo para o artigo 55, tem-se que todos os contratos, devem conter as cláusulas nele elencadas. Tais cláusulas são inerentes ao regime jurídico estabelecido em lei. As cláusulas necessárias são as que estabeleçam, *in verbis*:

I- o objeto e seus elementos característicos; II- o regime de execução ou a forma de fornecimento; III- o preço e as condições de pagamentos, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento; IV- os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso; V- o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica; VI- as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas; VII- os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas; VIII- os casos de rescisão; IX- o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei; X- as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso; XI- a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexistiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor; XII- a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos; XIII- a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

O §2º, do artigo em questão, fixa regra de competência absoluta em favor da Administração, exatamente pelo fato de se tratar da Administração Pública. Dessa forma, reitera a competência em razão da pessoa que o direito brasileiro acolhe em relação aos entes públicos, que gozam de foro especial e privativo para demandarem ou serem demandados em juízo.

O §3º impõe à Administração contratante o dever de comunicar aos órgãos da receita tributária o valor e as características dos pagamentos efetuados aos fornecedores contratados. É um dispositivo de finalidade apenas fiscal.

O artigo 56 trata tão-somente das garantias definitivas, vale dizer, aquelas exigíveis do adjudicatário convocado para contratar e referentes à execução do contrato. No que tange ao direito de opção, cabe ao contratado a responsabilidade por indicar qual das modalidades do §1º lhe é melhor, atendendo às particularidades da estrutura econômico-financeira do contratado.

O mesmo artigo 56, em seu §2º, estabelece que as garantias, quando exigidas, não poderão exceder a 5% (cinco por cento) do valor do contrato. Já o §3º, cria uma exceção, aumentando para até 10% (dez por cento) em caso de obras, serviços ou fornecimentos “de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica ou riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer técnico aprovado pela autoridade competente”. O §4º determina que será devida correção monetária da caução em dinheiro, quando de sua restituição após a execução do contrato. Por fim, o §5º estabelece que nos contratos que importem em entrega de bens pela Administração, o valor dos bens deve ser acrescido ao da garantia.

O artigo 57 é norma de caráter geral, deixando para Estados e Distrito Federal a competência suplementar. Estabelece que a duração dos contratos ficará ligada aos créditos orçamentários, em regra. Tendo em vista que os créditos orçamentários são anuais, conclui-se que, como regra geral, a duração dos contratos também será anual. O artigo em análise admite três exceções, em que os contratos poderão ser prorrogados, quais sejam: *a)* execução de projetos que cumpram metas estabelecidas em plano plurianual; *b)* prestação de serviços de execução contínua, cuja falta paralisa ou retarda o serviço de forma que comprometa a respectiva atividade administrativa; *c)* locação de equipamentos de informática ou qualquer espécie contratual que permita o uso de programas de informática.

O §1º do artigo 57 reza que os prazos de início de execução, de conclusão e de entrega são passíveis de prorrogação, desde que não afete qualquer das demais condições pactuadas e introduzindo, se necessário, alterações para manter o equilíbrio econômico-financeiro da relação contratual.

Pelo §2º, conclui-se que a discricionariedade da Administração, em relação aos atos que prorroguem prazo contratual, é reduzida de forma que tais atos devem ser justificados e autorizados previamente pela autoridade competente para celebrar o contrato.

Tem-se no §3º que todo contrato deve conter cláusula que fixe seu prazo de duração, face à vedação de contrato com prazo de vigência indeterminado. Para tal regra, existe a exceção constante no parágrafo seguinte, §4º, que admite a prorrogação, mesmo ao final do prazo máximo de duração dos contratos estabelecido em lei, desde que seja motivada e autorizada pela autoridade superior.

O artigo 58 estabelece que o regime jurídico estabelecido por esta Lei confere à Administração as prerrogativas elencadas no referido artigo. É importante ressaltar que a lei não autoriza a Administração a modificar, rescindir, fiscalizar ou aplicar sanções imotivadamente. O exercício de qualquer dessas prerrogativas deve se encontrar dentro de previsão legal, sob pena de abuso de poder, passível de controle interno ou externo. Os dois parágrafos deste artigo apenas reforçam a garantia ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

Reza o artigo 59 que a presença no contrato, de vício sancionado com nulidade quando do certame licitatório, desconstituirá todos os possíveis efeitos da licitação. O seu parágrafo único menciona o dever de indenizar o contratado. Tal indenização deve apenas ser do custo do que já foi executado pelo contratado. A parte final do referido parágrafo impõe à Administração o dever de apurar a responsabilidade quanto à causa do vício.

Conforme dispõem os artigos 60 a 64 da lei, o contrato administrativo deverá ser formalizado através de um instrumento. Entende-se como instrumento o documento hábil a exteriorizar a vontade pactuada no contrato.

A forma do contrato será sempre escrita, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento que não excedam a 5% (cinco por cento) do valor estabelecido no artigo 23, II, *a*, desta lei, hipótese esta em que se admite a forma oral, conforme prevê o parágrafo único do artigo 60.

O artigo 62 da lei menciona, exemplificativamente: o instrumento (ou termo) de contrato, a carta-contrato, a nota de empenho de despesa, a autorização de compra e venda e a ordem de execução do serviço. Percebe-se que o rol não é taxativo, admitindo-se, assim, qualquer outro instrumento, além dos mencionados, que esteja apto a fixar as características das obrigações firmadas.

O *caput* do artigo 65 traz importante advertência à Administração: os autorizadores de alterações em seus contratos são necessariamente motivados, em razão da expressão “com as devidas justificativas”. O artigo vislumbra duas hipóteses de alterações, as unilaterais e as consensuais. As primeiras são aquelas que a Administração pode introduzir no contrato sem consultar o contratado e que a este obrigam, em decorrência do poder de disposição unilateral que a lei outorga à Administração quanto às cláusulas de serviço ou regulamentares. São duas possibilidades para alteração unilateral: *a*) alteração que corresponda a modificação de projeto ou de especificações; e, *b*) alteração que ajuste valores contratados a reduções ou acréscimos quantitativos do objeto do contrato.

A segunda hipótese, das alterações consensuais, são aquelas que, embora admitidas, só poderão ser validamente introduzidas no contrato se contarem com o consenso das partes. São elas: *a*) substituição de garantias relacionadas com a execução do contrato; *b*) modificação do regime de execução do objeto contratado, desde que demonstrada a inoperância técnica do regime inicialmente avençado; *c*) modificação de forma de pagamento, desde que para atender a

circunstâncias posteriores à celebração do contrato; e, *d*) o rompimento do equilíbrio da equação econômico-financeira do contrato, tal como estabelecida no início da avença.

O artigo 66 traz o princípio da *pacta sunt servanda*, determinando que as partes devem cumprir fielmente o contrato. Deste artigo, e das demais características apresentadas, tem-se que os contratos administrativos são reais, pessoais, bilaterais, onerosos, comutativos e solenes, cabendo à Administração e aos que com ela contratam dar-lhes execução adequada com as características próprias de cada qual.

As normas dos artigos 67 e 68 compõem deveres bilaterais a serem exercitados concomitantemente. São eles: *a*) a Administração designa um representante com as atribuições de acompanhar e fiscalizar a execução, anotando “em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados”. Em caso de providências e decisões que extrapolem a competência do representante, este deverá solicitá-las a seus superiores “em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes”; *b*) o particular contratado designará um preposto que, devendo estar sempre presente no local de execução da prestação, terá as atribuições de representá-lo e atender às solicitações e determinações da Administração quanto a sanar faltas ou defeitos na execução.

O artigo 69 expressa responsabilidade conseqüente do princípio de que contratante e contratado devem assegurar a completa execução do contrato, com as garantias adequadas para tanto.

O artigo 70, em sua literalidade, incumbe ao contratado a responsabilidade por danos a que der causa na execução do contrato, por dolo ou



culpa. De certa forma, também sugere que o direito à reparação deve ser exigido, pela via adequada, diretamente do contratado e não da Administração.

O artigo 71 define responsabilidade do contratado por encargos comerciais, fiscais, previdenciários e trabalhistas que resultem da execução do contrato. O fato de contratar com a Administração não exclui o contratado da incidência de tais encargos. Assim, o contratado será alcançado pelos encargos que um empregador deve a seus empregados e à seguridade social; por todos os tributos que tenham a atividade correspondente à execução do contrato como fato gerador; bem como, pelas obrigações que contrair com terceiros quanto a negócios jurídicos de caráter comercial relativos à execução do contrato.

“Art. 72 - O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.”

A norma acima transcrita estabelece uma regra geral e prevê sua exceção. Em regra, a subcontratação não é permitida. Porém, poderá haver a subcontratação se for em parte e desde que tenha sido prevista no ato convocatório e no contrato, devendo ser expressamente admitida em cada contrato com a fixação de limite apropriado ao seu objeto.

Seguindo para o artigo 73, tem-se a determinação para se verificar se a prestação contratada foi cumprida de acordo com o avençado, para o fim de que, em caso positivo, a Administração possa dar a quitação, e, em caso negativo, rejeite o que foi executado em desacordo com o contratado.

Tratando-se de obra ou serviço, o instrumento desse recebimento será um termo circunstanciado, entendendo-se como tal o documento em que se deduz completa e detalhada descrição do que está sendo entregue. Sendo compra ou

locação, exigir-se-á o termo circunstanciado para aquisição de equipamento de grande vulto; para outras aquisições ou locação, bastará recibo, que também será o documento hábil para o recebimento único previsto no artigo 74.

A lei prevê para a Administração o prazo máximo para que efetive o recebimento definitivo, dando quitação à prestação. Considerando que a execução foi boa e autorizando o correspondente pagamento, o prazo é de 90 (noventa) dias, no caso de obra ou serviço, e de 15 (quinze) dias, nos demais casos. O §3º do artigo 73 prevê uma exceção de prazo superior a 90 (noventa) dias, somente se estiver prevista em edital.

O artigo 75 dispõe que correm por conta do contratado os testes, ensaios e demais provas exigidos por normas técnicas oficiais para a boa execução do objeto do contratado.

Por sua vez, o artigo 76 impõe que a Administração deverá rejeitar o que foi executado em desacordo com o contrato. Isto porque a Administração não pode aceitar menos do que contratou, nem prestação diversa da que contratou. Ou o contratado cumpre aquilo a que se obrigou, ou não restará alternativa para a Administração senão a rejeição.

O artigo 77 confirma o preceito de que o contrato faz lei entre as partes. Dessa forma, qualquer das partes contratantes poderá dar causa à rescisão, caso deixe de cumprir algumas das obrigações que derivam do contrato. Terão faltas por parte do contratante ou do contratado, que constituirão motivo para rescisão pelo fato de um ou de outro não ter cumprido a sua parte no contrato. E, também, terão situações alheias à vontade das partes contratantes, que ensejarão a rescisão pela impossibilidade de dar seguimento à execução do contrato.

Seguindo para o artigo 78, tem-se um rol de motivos para rescisão do contrato. Entretanto, nada impede que cada contrato crie outras hipóteses que ensejem a rescisão. Tal conclusão se tira do disposto no inciso VIII do artigo 55, que impõe entre as cláusulas necessárias em todo contrato, a presença da que estabeleça os casos de rescisão. Alguns dos casos elencados no artigo em análise são:

I- o não-cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos; II- o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos; III- a lentidão no seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados; IV- o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento; V- a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração; VI- a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato; VII- o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores; VIII- o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do §1º do art. 67 desta Lei; IX- a decretação de falência ou a instauração de insolvência civil; X- a dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado; XI- a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato; XII- razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato; XIII- a supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras, acarretando modificação do valor inicial do contrato além do limite permitido no §1º do art. 65 desta Lei; [...]

Percebe-se que a lei chama de rescisão todos os modos de desfazimento do contrato que não os decorrentes do implemento de seu objeto ou de seu termo final, independente se qualquer das partes tiver dado causa, se houve culpa ou dolo, se fato externo a impõe ou se razão de interesse público a motiva. O critério utilizado para distinguir é o da iniciativa em função da natureza do fator determinante da rescisão. Assim, a rescisão poderá ser, conforme dispõe o artigo 79: por ato unilateral da Administração; por decisão judicial em ação promovida pelo contratado; ou, por ambos os contratantes, de forma amigável, mediante termo próprio.

Por fim, na análise do capítulo que trata de contratos na Lei nº 8.666/93, tem-se o artigo 80, que visa a rescisão normatizada no inciso I do artigo anterior, qual seja, a que se dá por ato unilateral da Administração. O dispositivo prevê algumas conseqüências para as situações em que a Administração rescinda unilateralmente o contrato, não afastando as sanções previstas na mesma Lei.

#### **4 O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002 E OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

Contrato, por sua natureza, é comum a todas as áreas de conceitos e princípios essenciais do Direito em geral. Assim, pode estabelecer relações tanto de direito público como de direito privado.

Ambos os contratos, de direito público e de direito privado, apresentam características em comum e também suas particularidades.

Temos que contrato administrativo é uma espécie de contrato firmado em que uma das partes contratantes é a Administração Pública.

Os contratos administrativos, mesmo que regidos primacialmente pelos preceitos de direito público, devem obedecer, supletivamente, aos princípios da teoria geral dos contratos e às disposições de direito privado, conforme dispõe o artigo 54 da Lei nº 8.666/93. Dessa forma, apesar de existir um regime jurídico próprio dos contratos administrativos, eles também apresentam algumas características comuns a toda a categoria contratual, como a comutatividade, a prevalência da vontade contratual sobre a individual das partes e a obrigatoriedade do cumprimento das prestações assumidas pelas partes. Tais características nos contratos administrativos se depreendem da própria lei que cuida da matéria.

O contrato administrativo é, portanto, um verdadeiro contrato, no qual se estabelecem prestações e contraprestações recíprocas, respaldadas na obrigação de serem cumpridas exatamente pelas partes, bem como na responsabilização da parte inadimplente, seja esta qual for. Prova disso é o já tratado artigo 66, da Lei nº 8.666/93, *in verbis*: “O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de

acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas conseqüências de sua inexecução total ou parcial”.

Existem certas matérias relativas a contratos administrativos em que ficam evidentes os reflexos do direito civil. Em outros casos a própria lei se reporta, expressamente, à aplicação do direito privado. Situações há em que o Código Civil traz novos aspectos de abordagem que deverão ser considerados na elaboração ou na interpretação dos contratos administrativos, uma vez que dizem respeito à própria teoria geral dos contratos. Outras vezes, por expressa remissão da própria lei de licitações e contratos da Administração Pública, as novas disposições do Código Civil impõem tratamento diverso do tradicionalmente adotado até então.

No âmbito do direito civil, no que se refere a contratos, tem-se como característica marcante a autonomia de vontade, que abrange a liberdade de contratar, bem como de estipular as cláusulas e o conteúdo do contrato.

No campo público, a liberdade de contratar (autonomia da vontade) funciona com reservas, isto porque o administrador público não possui larga margem de discricionariedade para efetuar a contratação desejada, tendo em vista que ele fica adstrito a contratar de acordo com as disposições legais específicas.

Assim, a autonomia da vontade pública vem disciplinada por uma série de requisitos, que necessariamente deverão ser respeitados.

O princípio do consentimento ou consensualismo, pelo qual o acordo de vontades é suficiente à perfeição do contrato, não exigindo forma especial, é aplicável, praticamente sem restrições, aos pactos privados.

No campo do direito público, os contratos são regidos pelas cláusulas obrigatórias e necessárias previstas pela lei.

Assim, as cláusulas necessárias são decorrentes da própria vontade do legislador, exorbitando algumas do direito comum. Dessa forma, o consensualismo reside no fato do ente privado concordar com as cláusulas e condições impostas no contrato administrativo, comprometendo-se a cumpri-las fielmente.

Por igual, o ente público também se obriga a cumprir as cláusulas e condições que ele mesmo estabeleceu.

O Princípio da Boa-fé no Direito Administrativo exige do agente público, no exercício de sua atividade, a lealdade, tanto com a sua repartição, como, sobretudo, com o administrado.

Assim, a idéia de uma conduta leal e confiável, decorrente da boa-fé, incorpora-se na essência do direito, para viabilizar a Justiça e a segurança das relações, apresentando-se como verdadeiro dever do agente público respeitar esse princípio basilar das relações obrigacionais.

A boa-fé objetiva é reconhecida e consagrada tanto pela doutrina como pela jurisprudência, cujo posicionamento se finca na idéia de que os atos privados e os públicos devem ser efetuados dentro de um padrão de lealdade e ética.

Nessa moldura, mesmo não existindo dispositivo legislativo específico, o princípio em questão é informativo dos atos públicos, não se admitindo, em hipótese alguma, que o administrador público paute seus atos funcionais descompassados com a boa-fé e a lealdade.

O princípio da boa-fé está ligado, especialmente, ao princípios constitucionais da moralidade e da legalidade, todos previstos no caput do artigo 37 da Constituição Federal e que são norteadores de toda a atividade da Administração Pública.

Não há dúvida de que o princípio sob exame, apesar de ter a sua origem no Direito Privado, estendeu seus efeitos para o Direito Público. O primeiro setor influenciado pela boa-fé foi o do Processo Civil, onde as partes possuem o dever de agir com lealdade, sendo repelido o abuso de poderes processuais.

A Administração só poderá exercer as suas prerrogativas e faculdade se agir sem má-fé. A boa-fé é a regra que deverá ser verificada em cada ato do Poder Público, em especial nas suas relações com os administrados, para que a finalidade pública não fique colocada em plano inferior, dando espaço às vontades pessoais de administradores públicos, o que estaria contrariando a legalidade

O contrato administrativo deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas da lei nº 8.666/93. Todavia, se houver qualquer dúvida ou desequilíbrio na sua execução, oriunda da má redação de uma determinada cláusula, a boa-fé deverá ser aplicada, para que a interpretação do litígio seja pautada pela lealdade, honestidade e moralidade, a fim de que não haja a figura do abuso de direito na relação contratual.

A parte final do artigo 54 da lei nº 8.666/93 manda utilizar os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado supletivamente às normas de direito público, cabendo destacar dois princípios, que também são importantes na relação contratual, quais sejam, o enriquecimento sem causa e o abuso de direito, sendo que este último se contrapõe ao princípio da boa-fé.

Como visto no primeiro capítulo, verifica-se o enriquecimento sem causa quando da presença de quatro requisitos: o enriquecimento de alguém; o empobrecimento de outrem; o nexos de causalidade entre o enriquecimento e o empobrecimento; e, a falta de uma causa justa para tais eventos.



Portanto, o enriquecimento sem causa, tal como ocorreu com o princípio da boa-fé, passou a integrar o Código Civil de 2002, apesar de ser pregado anteriormente pela doutrina e pela jurisprudência.

O enriquecimento sem causa possui como ponto de partida um desequilíbrio patrimonial, que seria definitivo e real se não fosse coibido pelo direito e, sobretudo, pela obrigação de restituir que está obrigado aquele que o criou ou foi beneficiado ilegitimamente pelo empobrecimento de outrem.

Como princípio geral de direito, o enriquecimento sem causa é plenamente aplicável na medida em que é coibido na relação contratual da Administração Pública com particulares, sendo vedado o empobrecimento de qualquer das partes contratantes.

A prevenção do enriquecimento sem causa no contrato administrativo equivale a manter-se nos níveis pactuados inicialmente a equivalência das prestações e do preço justo, em respeito ao equilíbrio financeiro do pacto.

O enriquecimento sem causa como critério para a interpretação dos contratos administrativos possibilita, dentro de uma interpretação das cláusulas obscuras ou incompletas, transmitir o máximo de equilíbrio entre as prestações das partes, evitando-se, assim, que haja prejuízos ou empobrecimento de um dos contratantes.

O abuso ou desvio de poder se contrapõe ao princípio da boa-fé, já discorrido anteriormente.

A noção do abuso de poder de autoridade administrativa é o contrário do princípio de legalidade da Administração Pública, e consiste no uso errado e injusto do poder, ou seja, usar o poder ilegalmente, fora dos limites estipulados pela lei.

O abuso de poder é, então, uma violação à legalidade, rompendo-se o equilíbrio da ordem jurídica.

No campo do contrato administrativo, tanto o abuso como o excesso e o desvio de poder são figuras incompatíveis com a nossa legislação e com os princípios norteadores do Direito Administrativo, visto que o órgão público contratante possui o estatuto legal a ser seguido, o que não compreende nenhum ato contrário às suas prerrogativas e deveres.

Pode-se dizer que o Código Civil de 2002 veio trazendo no seu artigo 478, dispositivo que retrata e permite a aplicação da teoria da imprevisão na seara privada. Tal teoria também se aplica, embora excepcionalmente, aos contratos administrativos.

Tanto a doutrina como a jurisprudência ao fazer a aplicação da teoria da imprevisão, em caráter excepcional, exigem a coexistência de certas condições e requisitos essenciais para que não ocorram abusos nessa prática.

É indispensável uma série de condições essenciais para aplicação da teoria da imprevisão aos contratos administrativos, entre as quais se destaca a da absoluta imprevisibilidade do evento que provocou o desequilíbrio econômico do contratante e que foi causa principal do prejuízo na execução do contrato.

Desse modo, a cláusula *rebus sic stantibus*, atualmente denominada de teoria da imprevisão, vem ganhando espaço no âmbito do Direito Público no Brasil, sendo aceita pela jurisprudência e pela melhor doutrina administrativa.

Percebe-se, então, que os conceitos e os princípios jurídicos que se impõem aos contratos não são específicos e exclusivos do direito privado.

## CONCLUSÃO

Não há unanimidade na doutrina para explicar as diferenças entre direito público e direito privado. Na prática é importante diferenciá-los, pois em um caso concreto a aplicação das normas respectivas gerarão diferentes conseqüências. Porém, a distinção entre eles se torna difícil diante do entrosamento dos dois campos jurídicos.

Em geral, considera-se direito público o que tem por finalidade regular as ações do Estado, quando atua com seu poder de soberania. Já o direito privado é o que regula as relações entre particulares, no tocante a seus interesses individuais.

No contrato administrativo, o fato do regime ser de direito público não deve significar a exclusão de outro regime. Será possível recorrer-se supletivamente ao direito privado, em caso de omissão do direito administrativo, na interpretação e na execução de suas cláusulas. Ressaltando-se que mesmo sendo aplicáveis, as normas de direito privado deverão ser examinadas à luz dos princípios gerais que, em sede constitucional, tutelam toda a atividade administrativa.

No contrato de direito privado, a predominância deste ramo jurídico não exclui a incidência dos princípios e normas de direito público impostos pela lei, devendo as normas de direito privado com eles conviver obrigatoriamente, sob pena de vício invalidante do acordado.

A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

A boa-fé é o princípio em que se baseiam as regras de contratar.

Um dos maiores desafios na aplicação do Novo Código Civil é o trabalho de conciliar estes novos conceitos de boa-fé e função social, com os princípios

tradicionais, como o da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos, que não foram revogados.

Percebe-se, no novo Código Civil, um predomínio de regras morais, que pode-se caracterizar, dentre outras coisas, pela inclusão da boa-fé em alguns de seus dispositivos, o que tende a gerar relações obrigacionais sempre justas e equilibradas. Além disso, o novo Código Civil traz um sistema de cláusulas abertas, o que confere ao juiz uma maior liberdade para solucionar as lides. O Código Civil de 2002 veio se adaptando a um novo tempo, talvez até por causa da CF/88, e então passa a se preocupar com a construção de uma sociedade mais justa. Se preocupa em incluir o social na elaboração do ordenamento jurídico das relações. O social que, é também, a finalidade primordial da Administração Pública, que visa o interesse da coletividade, da sociedade.

Como o sistema trazido pelo Código é o de cláusulas abertas, que acaba conferindo ao juiz maior discricionariedade e poder de atuação política, é preciso encontrar o ponto de equilíbrio entre a manutenção da *pacta sunt servanda*, que é um dos pilares de sustentação da Teoria Geral dos Contratos, e o conceito de boa-fé objetiva e de função social do contrato.

Isso não quer dizer que o Novo Código acaba com os valores fundamentais que sempre serviram como mandamento no mundo dos contratos. Ele veio moderar esses princípios, adaptando-os a um outro tempo, que se preocupa com a construção de uma sociedade mais justa.

A tradicional idéia da *pacta sunt servanda* continua a ser um dos principais fundamentos das relações contratuais.

A função social do contrato busca garantir que este não se torne um instrumento para atividades abusivas, causando danos à parte contrária ou a

terceiros, conforme dispõe o artigo 187 do Código Civil. Essa função social atribuída ao contrato objetiva que ele seja concluído em benefício dos contratantes sem conflito com o interesse público.

O legislador do Código Civil de 2002 optou por combinar o individual com o social de maneira complementar quanto à elaboração do ordenamento jurídico das relações privadas.

Assim, vê-se que o Código Civil apresenta reflexos importantes, que estão sendo cada vez mais acentuados, na temática dos contratos administrativos, como, por exemplo, no que diz respeito à boa-fé, ao abuso de direito e ao enriquecimento sem causa. Isso porque, o Código Civil atual reflete as tendências de entrosamento entre o direito público e o direito privado. Tem-se uma fuga do direito administrativo para o direito privado, com a adoção de novas tipologias contratuais, bem como o aparecimento do direito privado com novos institutos, típicos do direito público.

Dessa forma, constata-se que as novas regras aproximam a concepção contratual prevista no Novo Código com as peculiaridades do contrato administrativo.

O direito administrativo, sem dúvida, se utiliza dos institutos e fundamentos básicos originados do direito civil. Existem institutos do direito privado utilizados com normas adaptadas pelo direito público; outros institutos tipicamente privados são utilizados sem nenhuma alteração pela Administração Pública, por serem mais adequados para a realização de certos fins pelo Estado.

As disposições civis, cada vez mais, reforçam as cláusulas típicas dos contratos administrativos e contribuem para sua melhor interpretação. Estão sendo diluídas, cada vez mais, as fronteiras entre o direito público e o direito privado, e,

assim, os contratos de direito privado se aproximam dos institutos que, até então, eram considerados como cláusulas exorbitantes na seara administrativa.

Seguramente, pode-se afirmar que, independente das características comuns a toda a categoria contratual e da tendência de entrosamento entre público e privado, os contratos administrativos possuem suas características particulares, que o distinguem de qualquer outro contrato da esfera privada.

Então, os institutos de direito privado relativos à matéria contratual, devem ser aplicados somente se inexistir outra solução advinda dos princípios de direito público e desde que essa solução seja compatível com o regime de direito público.

O Código Civil traz novos aspectos de abordagem que devem ser considerados na elaboração ou na interpretação dos contratos administrativos, pois dizem respeito à própria teoria geral dos contratos.

Dessa forma, os aplicadores do direito, em se tratando de contratos administrativos, encontrarão respaldo cada vez maior dentro do direito privado, para conter os desvios éticos e abusos de comportamento do poder público nas relações com seus contratados, com apoio especialmente nos princípios, de direito privado do novo Código Civil, da boa-fé, do enriquecimento sem causa e do abuso de direito.

Cabe ao intérprete decidir sobre a aplicação dos preceitos de direito privado aos contratos administrativos, e decidindo por aplicá-los, fazer uma adequação, aplicando-os de forma moderada.

## REFERÊNCIAS

BORGES, Alice Maria Gonzales. *Temas de direito administrativo atual: estudos e pareceres*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Dos Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, v. 3: o direito das coisas*. 17ª ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

FIUZA, Ricardo (coord.). *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1972.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 7ª ed. São Paulo: Dialética, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MUJALLI, Walter Brasil. *Contratos da Administração Pública*. 1ª ed. São Paulo: Desafio Cultural, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2001.

*Vade Mecum*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.