

A AMPLIAÇÃO DA INCIDÊNCIA DE INSTITUTOS DO DIREITO CIVIL AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS COMO MECANISMO DE APRIMORAMENTO DA GESTÃO PÚBLICA

The enlargement of the incidence of civil law institutes to the administrative contracts as the mechanism for the enhancement of public management

Fernando Henrique Franco de Aquino

Pós-Graduando em Direito Contratual pela UFPE
Bacharel em Direito pela UFPE
Advogado

RESUMO: O presente trabalho analisa os contratos administrativos sob a ótica contemporânea, na qual verifica-se uma tendência de ampliação dos deveres obrigacionais tipicamente civis a esta modalidade contratual. Neste contexto, faz-se um estudo detalhado, com respaldo na doutrina e na jurisprudência, de institutos tipicamente de obrigações contratuais civis que vêm, cada vez mais, sendo aplicados às obrigações decorrentes de contratos administrativos. Além de ressaltar possíveis entraves e embates doutrinários acerca da viabilidade ou não da ampliação da incidência da teoria das obrigações civis aos contratos administrativos em virtude da existência das cláusulas exorbitantes e do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular nos contratos públicos.

ABSTRACT: This article aims to analyze the administrative contracts from a contemporary perspective, in which there is a tendency to extend the typically civil obligations to this contractual modality. In this context, a detailed analysis of typical civil contractual obligations that are increasingly being applied to administrative contracts is made, based on doctrine studies and jurisprudential precedents. Furthermore, this study also highlights the possible obstacles and doctrinal clashes about the feasibility of increasing the incidence of the civil liability theory to administrative contracts, due to the existence of exorbitant clauses and the principle of supremacy of the public interest over particular interests.

PALAVRAS-CHAVE: Obrigações; contratos; ampliação da incidência; desburocratização; interesse público.

KEYWORDS: Obligations; contracts; incidence extension; debureaucratization; public interest.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Tradicionalmente, o contrato, fonte principal das obrigações, era baseado em preceitos fundamentais de validade rígidos, como a ampla autonomia da vontade e a força obrigatória dos contratos. No entanto, com a entrada em vigor do Código Civil em 2002, aliado às mudanças advindas da nova carta constitucional, fez-se uma releitura dos preceitos fundamentais dos negócios jurídicos, havendo uma verdadeira mitigação de tais fundamentos, como o da força obrigatória dos contratos, afim de se inserir, dentre outros institutos, o da função social.

A partir da década de 1980, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, até os dias atuais, verifica-se no direito obrigacional uma modificação na forma de instituição das obrigações, as quais passaram a ser dotadas de uma perspectiva dinâmica, repercutindo no aprimoramento da teoria contratual. Com o surgimento dessa concepção dinâmica, o contrato deixa de possuir um caráter meramente estático, de simples manifestação de vontade, para ser caracterizado como um mecanismo plural de direitos e deveres, que possuem efeitos não apenas entre as partes, mas também em relação a terceiros de boa-fé e a sociedade como um todo em razão da necessidade de cumprimento de sua função social.

Essa mudança de perspectiva contratual possibilitou a ampliação da inter-relação entre o direito público e o direito privado. Por conseguinte, passou-se a discutir na doutrina e na jurisprudência, a possibilidade de ampliação da incidência das obrigações tipicamente de direito privado aos contratos administrativos, os quais possuem natureza jurídica de direito público.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a intensificação da crise de inoperância do Estado e de sua impossibilidade de alcançar as finalidades públicas com os recursos disponíveis, foram necessárias mudanças na estrutura da máquina estatal afim de superar a ineficiência na prestação de serviços da Administração.

Deste modo, fez-se imperativo a desburocratização da máquina administrativa a fim de melhor adaptá-la ao novo modelo econômico adotado

na nova constituição, baseado em um Estado não intervencionista, atuando, de forma precípua, como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercendo as funções de fiscalização, incentivo e planejamento de forma determinante para o setor público e apenas indicativa para o setor privado.

Na doutrina administrativa contemporânea iniciaram-se questionamentos sobre a aplicabilidade, em caráter absoluto, do princípio da supremacia do interesse público (corolário do direito público), especialmente nos contratos administrativos, aos quais se aplica, ainda que subsidiariamente, as regras de direito privado.

Crítica esta que possui como ponto central o debate acerca do possível anacronismo das cláusulas exorbitantes que tradicionalmente constituem o cerne da diferenciação entre os contratos administrativos (de direito público) e os contratos em geral (de natureza privada).

2 A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

2.1 A RELATIVIZAÇÃO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PARTICULAR

A supremacia do interesse público, juntamente com a indisponibilidade do interesse público (esta última voltada sobretudo para os agentes públicos, para que eles não pratiquem atos que possam menoscabar o patrimônio ou interesse público), são os princípios basilares que fundamentam o regime jurídico de direito público sob o qual está baseada a República Federativa do Brasil.

No entanto, conforme consta do próprio texto constitucional¹, a livre iniciativa é um dos fundamentos da nossa República. Assim, para que se possa alcançar um dos objetivos principais constates na Constituição Federal², que é o de construir uma sociedade livre, justa e solidária, deve haver uma harmonia entre os interesses públicos e privados, com base nas máximas constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade, afim de que se possa garantir a finalidade do Estado de promover o bem social sem que, para isso, abdique dos direitos individuais constitucionalmente assegurados.

Neste contexto, passou-se, na doutrina contemporânea, a se discutir acerca da possível relativização da supremacia do interesse público sobre o particular. Afim de evitar, por exemplo, possíveis abusos de poder por parte

¹ Vide art.1º, IV da Constituição Federal.

² Tais objetivos podem ser observados no art.3º, I da Constituição Federal.

da administração pública em virtude de seu poder de império em contratos administrativos com particulares, os quais, como veremos, possuem hoje uma nova dinâmica baseados em um caráter negocial a partir do início do processo de desburocratização da gestão pública

No que atine às críticas acerca do conceito de interesse público, destacamos, a título de complementação da matéria, o entendimento de Gustavo Binbenjamen, o qual afirma tratar-se de conceito jurídico indeterminado³. Binbenjamen não nega a existência de um conceito de interesse público, sua argumentação gira em torno da necessidade de se compatibilizar os interesses difusos da coletividade e interesses individuais dos particulares, posto que ambos são assegurados pela Constituição, devendo haver uma ponderação de princípios no caso concreto. Em sua conceituação, Gustavo Binbenjamen, apesar de não negar o conceito de interesse público, defende a inexistência de um princípio da supremacia do interesse público, tendo em vista ser um conceito jurídico determinado de forma apriorística, ou seja, só podendo vir a ser definido após juízo de ponderação no caso concreto.

Todavia, de forma não menos razoável, mas em entendimento contrário ao de Gustavo Binbenjamen, destacamos o posicionamento de Maria Sylvia Di Pietro⁴, que defende veementemente estar o princípio da supremacia do interesse público relacionado com todos os ramos do direito público, marcando presença em todas as funções administrativas, de serviço público, fomento, polícia administrativa e de hipóteses de intervenção. Para Di Pietro o interesse público constitui o próprio fundamento do poder de polícia do Estado e também da atividade de intervenção do domínio econômico (o que, neste ponto, parece ser de fundamental relevância para a manutenção da Ordem Social).

³ Para Gustavo Binbenjamen, o princípio da supremacia do interesse público é "norma que preconiza a supremacia a priori de um valor, princípio ou direito sobre outros não pode ser qualificada como princípio. Ao contrário, um princípio, por definição, é norma de textura aberta, cujo fim ou estado de coisas para o qual aponta deve sempre ser contextualizado e ponderado com outros princípios igualmente previstos no ordenamento jurídico. A prevalência apriorística e descontextualizada de um princípio constitui uma contradição em termos". Cf. BINBENJAMEN, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. Revista De Direito Proc. Geral. Rio de Janeiro, 59, 2005, p. 79.

⁴ Como contraponto ao entendimento de Binbenjamen destacamos o ponto de vista de Di Pietro acerca do Princípio da Supremacia: "O princípio da supremacia do interesse público não coloca em risco os direitos individuais, porque tem que ser aplicado em consonância com os princípios todos que informam o Direito Administrativo, como os de legalidade, impessoalidade, razoabilidade, segurança jurídica e tantos outros consagrados no ordenamento jurídico. Ele protege os direitos individuais. Veja-se que o Direito Administrativo nasceu justamente no período do Estado liberal, cuja preocupação maior era a de proteger os direitos individuais frente os abusos do poder. (...) A preocupação com a proteção do interesse público nasceu com o Estado Social. E não nasceu para proteger um interesse público único, indeterminado, difícil ou impossível de definir-se. Ele nasceu para proteger os vários interesses das várias camadas sociais. Ele não afetou os direitos individuais, mas passou a conviver com eles. Tão assim é que, paralelamente ao princípio do interesse público, nasceram os direitos sociais e econômicos: Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 29.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 48.

Após a explanação dos entendimentos doutrinários divergentes acima mencionados, percebemos tratar-se a temática da inter-relação do direito civil com o administrativo algo não apenas atual e relevante para os contratos administrativos, como também um tema passível de controvérsias, sobretudo no estudo no grau de incidência da supremacia do interesse público sobre o interesse particular.

Apesar das divergências, com a devida vênia a quem possui entendimento contrário, como estudaremos em tópicos seguintes deste trabalho⁵ notamos ser bastante salutar a aplicação de normas e princípios privados, antes somente ventilados nas relações entre particulares, como técnica de soluções advindos dos contratos administrativos de forma mais expansiva.

Entretanto, não entendemos os posicionamentos acima citados como excludentes, apesar da divergência de entendimentos. Isso porque, ainda que a supremacia do interesse público deva ser ponderada no caso concreto em conflito de valores (pois sua natureza é, de fato, principiológica), a sua incidência nos contratos administrativos não é excluída pelo simples fato de poder ser, momentaneamente, desconsiderada em casos concretos afim de se garantir direitos individuais. Uma vez que o princípio da supremacia do interesse público, ao tutelar os direitos sociais, tutela, por englobamento, os direitos individuais, não sendo estes postos em risco.

2.2 CONCEPÇÃO CONTRATUAL CONTEMPORÂNEA: CARÁTER NEGOCIAL DOS CONTRATOS E DESBUROCRATIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

A partir da década de 1990 observou-se no Brasil a adoção de uma nova política industrial baseada nas privatizações e na concorrência empresarial. À medida que o Estado tem substituído seu papel de empreendedor para o de regulador da atividade econômica, sobretudo na década de 1990, o fenômeno da desestatização da economia, que representou a ruptura de monopólios estatais, ganha um vulto ainda maior no setor de infraestrutura para prestações de bens e serviços à população, tendo como figura de destaque, na execução de tais atividades, o setor privado.

A descentralização da atividade administrativa consiste na distribuição, ou seja, na repartição de competências entre sujeitos de direito, possibilitando a

⁵ Observar o tópico 4 sobre a ampliação da incidência da teoria das obrigações civis aos contratos administrativo.

prestação de serviços por outras pessoas, e não por execução direta do Estado. O fenômeno da descentralização, como leciona Carvalho Filho⁶, é processado pelo Estado por meio de duas formas básicas: delegação legal ou delegação negocial. Os contratos de concessão de serviços públicos, negócio jurídico de direito público, utilizados para sua execução indireta por particulares, são celebrados em decorrência da delegação negocial.

No Brasil, a viabilidade da execução de determinados serviços por pessoa jurídica de direito privado foi possível a partir do fenômeno da descentralização por colaboração, o qual se perfaz por meio de delegação negocial. Neste modelo, os particulares prestadores dos serviços públicos são considerados como colaboradores da Administração no cumprimento dos serviços, com remuneração paga mediante tarifa atribuída aos usuários, a exemplo dos serviços de telefonia, energia elétrica, tratamento e abastecimento de água encanada.

Com essa possibilidade de delegação da execução da atividade pública para o setor privado, ganhou destaque as figuras da concessão e da permissão de serviços. Nessa diapasão, os contratos administrativos adquiriram, na concepção contratual contemporânea, um caráter eminentemente negocial, como reflexo do processo de desburocratização da administração pública.

Mudanças estas necessárias, sobretudo porque a Lei 8.666/93 refletia o direito administrativo do início da década de 1990, mais preocupado com os meios do que com os fins, no intuito de garantir os aspectos formais necessários, sobretudo por parte do agente público, não privilegiando, a priori, a eficiência e economicidade de tais contratos.

Ante o aspecto altamente burocrático e pouco funcional da Lei 8.666/93, com a evolução dos contratos administrativos, passou-se a classificá-la apenas como norma geral de licitações para as novas modalidades de contratação e ampliação das parcerias entre o setor público e o setor privado. A exemplo disso temos a edição de leis mais recentes sobre o tema, que disciplinam de forma específica novas formas mais eficientes e economias de contratar como caso das concessões e permissões de serviços públicos (Lei 8.987/1995), as parcerias público-privadas (Lei 11.079/2004) e o RDC (Lei 12.462/2011, que instituiu o regime diferenciado de contratações públicas), vindo a ser, este último, gradativamente estendido para as mais diversas áreas e setores de atuação da Administração.

⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 349.

Destacamos também a recentíssima Lei de Responsabilidade das Estatais⁷, Lei n. 13.303 de 30 de junho de 2016, que entrou em vigor em 1º de julho de 2016. A referida Lei constitui regime próprio de licitações e contratações para as empresas públicas e sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem de forma direta a atividade econômica.

Verifica-se a Lei de Responsabilidade das Estatais estar em conformidade com a tendência negocial dos contratos administrativos na atualidade, tendo em vista visar garantir mais efetividade para os contratos ao trazer diversos mecanismos de fiscalização pelo Estado e pela sociedade. Sendo o ponto de maior relevância para este trabalho a proibição legal, trazida pela Lei n. 13.303/16, de alterações contratuais feitas de forma unilateral (não podendo incidir, deste modo, as chamadas cláusulas exorbitantes, tradicionalmente presentes nos contratos administrativos), privilegiando-se, assim, o acordo entre as partes.

Deste modo, com a ideia de flexibilidade, negociação, do uso de criterioso da discricionariedade administrativa e do exercício da ponderação de interesses no direito administrativo atual, a doutrina passa a tecer críticas sobre as tradicionais cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos, as quais iremos analisar no tópico seguinte.

Atualmente os contratos administrativos baseiam-se em critérios de consensualidade (o que demonstra ser uma tendência do direito administrativo do séc. XXI), resultando na perda de força das cláusulas exorbitantes na ampliação das obrigações tipicamente de direito civil aos contratos administrativos, reduzindo o caráter de subsidiariedade.

2.3 DAS CRÍTICAS ÀS CLÁUSULAS EXORBITANTES

A presença das cláusulas exorbitantes⁸ nos contratos administrativos são, a nosso ver, indubitavelmente, o principal ponto diferenciador da sistemática

⁷ A Lei n. 13.303 de 30 de junho de 2016 foi criada a fim de dar efetividade ao disposto no artigo 173, caput e § 1º da Constituição Federal, que afirma que lei infraconstitucional irá estabelecer 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, tendo como pressuposto os imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo.

⁸ De forma didática, Hely Lopes Meirelles conceitua as cláusulas exorbitantes como "as que excedem do Direito Comum para conseguir 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 avançado, 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". Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e contrato administrativo. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

contratual de direito público para a de direito privado, fazendo com que a direito obrigacional e contratual privados sejam aplicados apenas supletivamente a essa modalidade contratual. Sua existência se fundamenta no que convencionou-se chamar de supremacia do interesse público sobre o privado. Tais cláusulas, ante o poder de império conferido ao Estado, garantem a sua posição de supremacia em relação aos particulares contratantes.

A priori, ressaltamos que, ainda que se fale hoje no anacronismo das cláusulas exorbitantes, pensamos tratar-se, na verdade, não do anacronismo das cláusulas, mas da necessidade de uma ponderação, no caso concreto, do princípio da supremacia do interesse público com os demais princípios inerentes à iniciativa privada. Isso porque, para que a máquina pública possa funcionar de forma devida, mesmo que seja essencial a modernização da forma de a Administração contratar com particulares, também faz-se necessário a ponderação desses interesses públicos com os interesses dos particulares contratantes, a fim de se evitar possíveis desequilíbrios econômicos e financeiros⁹.

Logo, em virtude dessa necessidade de ponderação de princípios, utilizamos neste trabalho, ao tratar da supremacia do interesse público, a palavra "relativização" (entre aspas), pois na verdade a relativização é uma característica geral de todos os princípios ao se analisar um caso concreto. Não se tratando, portanto, de uma característica específica do princípio da supremacia do interesse público, tendo em vista que nenhum princípio do nosso ordenamento jurídico pode ser empregado de forma absoluta.

A utilização das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, levando-se em consideração o caráter negocial dos contratos, parece um contrassenso com a concepção contemporânea de contrato. Todavia, em uma visão mais pragmática, constata-se ser inviável a desvinculação total do poder de império do estado, mesmo em se tratando de verdadeiros negócios jurídicos (os contratos).

Por outro lado, como veremos, é inegável a necessidade de redução do espaço das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos na atualidade

⁹ Sobe o tema, observar o julgado de 2016 do TJDF (AGI 20150020324096 - TJDF, DJe 09.03.2016, 3ª Turma Cível, Relator Flávio Rostirola), no qual o juiz relator defendeu que as cláusulas exorbitantes, entre tantas prerrogativas conferidas à administração pública, não podem traduzir abusos de poder, tampouco autorizar contraprestação sem pagamento. O caso tratou acerca dos contratos administrativos de fornecimento de gases medicinais à rede pública de saúde do Distrito Federal, defendendo o Relator, que qualquer decisão que implique suspensão ou interrupção de serviço para o Estado pode repercutir na esfera jurídica dos administrados, razão pela qual a ponderação de valores mostra-se fundamental para harmonizar os interesses da empresa contratada, prestadora dos serviços, e os dos particulares que usufruem do serviço.

(ainda que não de forma absoluta). Fato este que, como estudaremos mais adiante, reflete na ampliação da incidência de institutos tipicamente de direito privado nos contratos públicos, afim de garantir uma melhor eficiência na prestação de serviços e aquisição de bens por parte da Administração.

Apesar desta crítica, o tema acerca da aplicabilidade das cláusulas exorbitantes é muito controvertido, grandes administrativistas como Maria Sylvia Di Pietro e José dos Santos Carvalho Filho defendem veementemente, de forma bastante fundamentada, a necessidade da permanência das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos como forma de defesa do interesse público, afim de exercer as funções de polícia administrativa e do poder disciplinar¹⁰.

A contrário *sensu* deste entendimento, há quem defenda a inexistência de distinção, quanto à matéria, entre as cláusulas exorbitantes de direito público e as cláusulas gerais dos contratos de direito privado no sistema brasileiro¹¹. Posto que, embora o direito público brasileiro tenha advindo do sistema francês, no qual, por via legal e jurisprudencial, originou-se a distinção entre contratos administrativos (estes com a presença de cláusulas exorbitantes em contratos de prestação de serviços), e contratos privados da administração (todos os demais), na prática, são sistemas bem distintos.

No sistema francês, há uma clara divisão de competências entre o contencioso administrativo e os tribunais judiciais, o que não ocorre com o mesmo rigor no direito brasileiro. Historicamente no sistema francês, para justificar a divisão de competências entre as jurisdições francesas, partiu-se para a busca da substantivação do contrato administrativo.

No entanto, essa divisão sempre foi alvo de críticas por parte da doutrina, a qual entende não haver a necessidade da distinção entre contratos privados da administração e contratos administrativos no direito brasileiro, em face da unicidade jurisdicional que possuímos. Atualmente, nota-se no próprio sistema francês uma tendência de unificação do juízo dos contratos da administração pela ausência de diferença substancial entre os chamados contratos administrativos e os contratos privados da administração.

¹⁰ Vide mais sobre o tema em: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (Org.). [et al.]. Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2010.

¹¹ Vide em ARÊDES, Sirlene Nunes. As cláusulas exorbitantes e a distinção dos contratos da administração em contratos administrativos e contratos de direito privado. Revista de Direito Administrativo, FGV. v. 253. 2010.

3 A AMPLIAÇÃO DA INCIDÊNCIA DA TEORIA DAS OBRIGAÇÕES CIVIS AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Como bem sinaliza a Professora Alice Gonzalez Borges¹², o Código Civil de 2002 nada mais faz que refletir as tendências contraditórias de nosso tempo, com a crescente interpenetração do público e do privado, onde primeiramente verificou-se a fuga do direito administrativo para o direito privado, com a adoção de novas tipologias contratuais. E, mais recentemente, constatou-se a "contaminação" do direito privado com novos institutos, típicos do direito público.

Após o fenômeno da constitucionalização do direito, o direito administrativo passou a ser uma ferramenta essencial como meio de materialização dos direitos fundamentais assegurados na constituição federal, a qual estabelece os mecanismos orientadores da atuação estatal e interage diretamente com as políticas públicas. Atualmente, o direito administrativo e as políticas públicas formam um novo campo de análise do direito, devendo ser estudados em conjunto e de forma integrativa, sem limitar o campo de estudo apenas à dogmática jurídica, tendo em vista a necessidade da inter-relação com as demais ciências sociais para que possa-se aliar a teoria com a prática.

Desta forma, para que esse processo integrativo seja possível e para que o campo de atuação do direito administrativo torne-se mais dinâmico, é necessária uma flexibilização na forma de pensar o direito, possibilitando uma maior desburocratização da máquina estatal, fomentando a capacidade criativa como auxílio ao desenvolvimento. E, como fruto dessa desburocratização, percebe-se a ampliação da incidência de obrigações tipicamente civis aos contratos administrativos.

Com a crise do aparelho do Estado e o advento do estado regulador no Brasil, houve uma série de reformas administrativas a fim de se instaurar um padrão de eficiência, capaz de garantir o equilíbrio entre as prestações públicas e o desenvolvimento econômico nacional. Essas reformas administrativas¹³ tiveram por base a necessidade de desburocratização da máquina estatal e da flexibilização da atividade administrativa.

¹² BORGES, Alice Gonzalez. Reflexos do Código Civil nos Contratos Administrativos. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.9, fevereiro/março/abril, 2007, p.2. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/radae.asp>>. Acesso em: 20 de junho de 2016.

¹³ De acordo com o autor Marcos Nóbrega, "as grandes modificações ocorridas foram o enjugamento da máquina estatal, a introdução de métodos gerenciais mais modernos na administração pública, a implementação de programas de contabilidade e auditoria mais modernos (privilegiando a participação popular) e a divulgação de informações". Cf. NÓBREGA, Marcos. Direito da Infraestrutura. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 30.

3.1 A AMPLIAÇÃO DA INCIDÊNCIA EM ESPÉCIE

A Lei Geral de Licitações (Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993), ao disciplinar sobre os contratos administrativos, dispõe¹⁴ que eles serão regulados pelas cláusulas e preceitos de direito público, aplicando-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado. Desta feita, há certas matérias relativas aos contratos administrativos que sofrem reflexos do direito civil (matérias estas a serem analisadas neste tópico, ressaltando apenas os pontos considerados mais relevantes).

No que atine a incidência do direito contratual civil (fonte primordial das obrigações civis), verifica-se, como bem analisado pela professora Alice Gonzales Borges¹⁵, que ou o Código Civil traz novos aspectos de abordagem, ou se impõe por expressa remissão das normas gerais de licitações e contratos administrativos ou desenvolve princípios constitucionais que devem ser observadas nos contratos em geral.

Ao estudarmos os aspectos pontuais aqui elencados, se poderá notar que, cada vez mais, os institutos que até então eram considerados como cláusulas exorbitantes na seara administrativa (a exemplo das regras referentes ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos), tipicamente de direito civil, passam a ser incorporados aos contratos administrativos.

3.1.1 *Função social e boa-fé*

A princípio, como já estudado em tópicos anteriores, com o neoconstitucionalismo, incorporou-se ao CC/02 diversas diretrizes constitucionais que são, por consequência, aplicáveis aos contratos administrativos. Dentre as quais, destacamos a função social do contrato e a boa-fé.

Tais diretrizes, embora incidam na celebração do contrato, já devem ser verificadas desde a fase interna/pré-contratual até o cumprimento do objeto contratual, podendo estender-se para além da entrega do objeto, sobretudo em razão da responsabilidade civil dos signatários, afim de tentar impedir à prática de abusos de direito.

¹⁴ Artigo 54 da Lei.

¹⁵ BORGES, Alice Gonzalez. Reflexos do Código Civil nos Contratos Administrativos. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.9, fevereiro/março/abril, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/radae.asp>>. Acesso em: 20 de junho de 2016, p. 05.

No que atine a incidência da boa-fé objetiva nos contratos administrativos, a Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, deu expressão, no plano infraconstitucional e no tocante ao direito administrativo, ao princípio da boa-fé¹⁶.

Dentre as cláusulas de cláusulas gerais do dever de boa-fé objetiva, podemos citar, a título de exemplificação, proibição ao venire contra factum proprium (vedação à conduta contraditória, dissonante do anteriormente assumido, à qual se havia adaptado a outra parte e que tinha gerado legítimas expectativas); o dever do favor acti (dever de conservação dos atos administrativos, explorando-se ao máximo a convalidação) e a vedação da tu quoque (como proibição de inconsistências ou incoerências do comportamento da parte, capaz de violar a boa-fé objetiva), em favor da proteção da confiança.

Atualmente, é possível constatar que a jurisprudência¹⁷ tem caminhado no sentido da doutrina, posicionando-se favoravelmente à proteção dos administrados de boa-fé, que mantiveram vínculos com a Administração, a exemplo dos contratantes do setor privado que, de algum modo, tenham sido prejudicados por falta de cumprimento ao dever de boa-fé por parte da administração pública¹⁸.

Sobre a função social, destacamos tratar-se de preceito de fundamental importância a ser observado não apenas nos contratos privados, mas também nos contratos públicos¹⁹. A função social deve servir de norte para os contratos públicos, visto que o serviço público, inclusive o prestado pelo contratante privado, deve estar de acordo com os interesses da coletividade, mediante uma prestação de serviços de forma eficiente e com qualidade, no anseio de atingir os escopos sociais do contrato.

¹⁶ Em estudo da Lei n 9.784, que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal, observa-se a remissão ao princípio da boa-fé no artigo 2º, parágrafo único, IV, ao determinar a observância, nos processos administrativos, do critério de atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé, e no artigo 4º, inciso II, ao dispor que são deveres do administrado, perante a Administração, proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé. O primeiro refere-se à boa-fé da administração pública; o segundo, do administrado.

¹⁷ Para fins de exemplificação, vide os julgados: STJ - REsp: 1306350 SP 2011/0192981-9, Segunda Turma, julgado em 17/09/2013 e o AGV: 70067215905 TJ-RS, Vigésima Segunda Câmara Cível Julgamento: 26/11/2015.

¹⁸ Como exemplo de atos praticados pela Administração contrários à boa-fé e que levam ao inadimplemento contratual, destacamos, em rol meramente exemplificativo, os casos de atraso sistemática no pagamento dos valores contratados; o inadimplemento dos débitos já contraídos nas gestões anteriores, sobretudo os antecessores pertencem a facções políticas diversas das dos atuais governantes; a recusa do pagamento de débitos contraído em gestões anteriores alegando-se, simplesmente, que as contratações a que se referem foram superfaturadas, sem que tal fato se comprove de forma gluma e sem nenhuma apuração de responsabilidade; o "obrigatoriedade" de o administrado recorrer à via judicial para obter o pagamento de seus créditos.

¹⁹ Como derivativo da função social da propriedade, a função social dos contratos, disposta em diversos artigos da constituição (artigo 5º, XXIII, artigo 170, III, dentre outros), foi introduzida no Código Civil de 2002 no artigo 421.

No estudo da aplicação da função social contratual no âmbito do direito público, constatamos estar essa função presente, de forma ainda mais notória, que nos contratos tipicamente de direito privado. Sobretudo em virtude de os contratos administrativos possuírem, como finalidade precípua, prestação de serviços para à população, sendo este o seu fim útil e escopo maior. Ainda que presente a função econômica desses contratos (tendo em vista ser celebrado com particulares que visam lucro com a atividade desenvolvida), a sua função primordial é, sem dúvida, a social.

3.1.2 Abuso de direito

Haverá abuso de direito por prática de ato ilícito quando o titular do direito, ao exercê-lo, exceder manifestamente os limites impostos pelos seus fins econômicos ou sociais, pela boa-fé ou pelos bons costumes²⁰.

O Código Civil de 2002, ao tratar do abuso de direito, passou a regulamentar uma matéria constitucional (aplicável a todas as modalidades contratuais, inclusive aos contratos administrativos), ao tratar de limites impostos pela própria Constituição Federal, que sejam os de respeito aos limites do fim econômico ou social dos direitos, boa-fé e bons costumes²¹.

No âmbito dos contratos administrativos, o abuso de direito verifica-se sempre que se descumpre a função social desses contratos, seja por parte da Administração, seja por parte do particular contratado. Isso porque tais contratos visam um fim público útil (e não meramente a interesses individuais específicos), devendo-se respeitar os princípios que regem a administração pública, a exemplo dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência.

Deste modo, por possuir pressuposto diverso dos contratos tipicamente civis (no sentido de que o seu escopo final é o interesse social e não individual), entendemos que o abuso de direito ocorrerá em dois âmbitos. Primeiro, ante o descumprimento de cláusulas contratuais ou desequilíbrios contratuais e, segundo, ante o descumprimento da função social dos contratos, seja por parte da Administração (podendo gerar atos de improbidade), seja por parte dos particulares contratados (por descumprimento do fim útil de tais contratos, que é de prestar serviços, com qualidade, para a sociedade).

²⁰ Artigo 187 do CC/02.

²¹ Neste ponto em específico dos abusos do direito, ao ser incorporado no direito privado princípios constitucionais com o Neoconstitucionalismo, verifica-se sua aplicação ao direito administrativo independentemente da previsão no direito privado (pois se poderia recorrer diretamente ao Diploma Constitucional, ainda que o CC/02 trate especificamente da matéria). No entanto, na prática, é mais viável utilizar-se do dispositivo legal do artigo 187, visto que o Código Civil é utilizado de forma suplementar aos contratos administrativos e trata a matéria de forma específica, sendo o Direito Obrigacional o único ramo do direito privado verdadeiramente unificado no Código Civil, tratando, assim, a matéria de forma abrangente.

3.1.3 Inadimplemento das obrigações

A Lei Geral de Licitações, ao tratar da execução dos contratos²², afirma que o contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas de licitação.

No entanto, no que tange ao adimplemento das prestações obrigacionais (sobretudo no que atine ao dever obrigacional por parte da administração pública), em não sendo cumprida a obrigação pela parte contratante, o diploma civil trata de forma muito mais completa e específica a matéria do que a Lei de Licitações, uma vez que esta traz como foco apenas a execução do contrato por parte do particular contratado.

De acordo com o CC/02, não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária de acordo com os índices oficiais, e honorários advocatícios. Caso o devedor não efetue o pagamento devido ou o credor negue a recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer, encontrar-se-ão em mora. E, em caso de mora por parte do devedor, responderá ele pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado²³.

Sobre juros de mora, o Superior Tribunal de Justiça entende serem devidos nos casos de inadimplemento da Administração²⁴. Esse entendimento também é válido para os casos de correção monetária em virtude da mora. Isso porque o Tribunal entende não se tratar de benefícios extracontratuais, mas sim de um mecanismo de manutenção da real expressão aquisitiva da moeda desvalorizada pela inflação. Em virtude disso, a não atualização monetária poderia gerar um enriquecimento ilícito por parte da administração pública. E, como pode observar-se em diversos julgados, o STJ decidiu pela incidência da correção monetária nos contratos administrativos com fundamento na teoria geral dos contratos²⁵.

²² Conforme o art. 66 da Lei de Licitações.

²³ Observar artigos 389, 394, 395 e seguintes do CC/02.

²⁴ Exemplos de julgados sobre juros de mora: Embargos de Divergência em REsp. 964.685-SP, DJe 06.11.2009; REsp 1.079.522-SC, DJe 17.12.2008; REsp 696.935-MT, DJ 14.12.2006; REsp 958.177-SP, DJ 12.11.2007; REsp. 909.800-MG, DJ 29.06.2007; REsp 964.685-SP, DJ 05.12.2007; REsp 465.836-RJ, DJ 19.10.2006; REsp. 437.203-SP, DJ 18.11.2002.

²⁵ Exemplos de julgados sobre correção monetária: REsp 1.079.522-SC, DJe 17.12.2008; REsp 1.148.397-SP, DJe 02.12.2009; REsp 679.525-SC, DJe 20.06.2005; REsp 696.935-MT, DJe 14.12.2006; REsp 770.675-SP; REsp 909.800-MG, DJe 29.06.2007; REsp 968.835-SC; DJe 14.08.2009; REsp 437.203-SP, DJe, 18.11.2002; REsp 17.040-SP; REsp 7.399-SP, DJe, 27.06.1994; REsp 958.177, DJe 12.11.2007.

Desta feita, ainda que haja ressalva quanto à aplicação do CC/02 nas situações em que há inadimplemento por parte da administração (a exemplo da aplicação de forma restrita do artigo 391, uma vez que o inadimplemento das obrigações por parte da administração só pode atingir os bens dominicais, ou seja, aqueles não afetados²⁶), entendemos ser possível a aplicação suplementar da teoria do inadimplemento civil aos contratos administrativos.

Ressaltamos a importância deste tópico, sobretudo ante a indagação feita por parte do particular contratado, de o que se fazer quando houver o inadimplemento contratual pela administração pública contratante. Isso porque, nos contratos administrativos, o atraso nos pagamentos por parte da administração é algo bastante recorrente.

Em artigo publicado pelo Zênite (empresa que visa soluções integradas em gestão), o Procurador Federal Leonardo de Almeida e Silva²⁷, argumenta que, na atualidade, é comum o atraso de pagamento da administração pública, o que decorre, especialmente, da falta de planejamento do cronograma de desembolso necessário para viabilizar a consecução integral do objeto então contratado.

Segundo o Procurador, trata-se de hipótese clássica de falta de recursos orçamentários para a consecução do objeto do contrato, o que vai de encontro às próprias regras da administração Pública²⁸, que estabelecem, como pressuposto do certame e da celebração do contrato, a demonstração de existir recurso suficiente para sua consecução e conclusão de seu objeto.

Deste modo, os atrasos de pagamento que são vivenciados na atualidade autorizam a invocação, pela contratada, da teoria da exceção do contrato não cumprido²⁹ (como derivativo do princípio da boa-fé objetiva), com o objetivo de suspender o cumprimento das obrigações pactuadas no contrato até que seja normalizada sua situação ou se opte pela rescisão contratual. Com fulcro na Constituição Federal³⁰, o inadimplemento da Administração também é causa

²⁶ O CC/02 conceitua no artigo 99, III bens dominicais como aqueles que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada um dessas entidades. Sendo este conceito complementado pelo parágrafo único do mesmo artigo, o qual afirma, em não dispondo lei em sentido contrário, serem considerados dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público que se tenha dado estrutura de direito privado.

²⁷ SILVA, Leonardo Rodarte de Almeida e. A aplicação da teoria da exceção dos contratos não cumpridos aos contratos administrativos. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 250, p. 1148-1158, dez. 2014.

²⁸ Regras dispostas no artigo 7º, § 2º, inc. III, e § 3º, da Lei de Licitações e nos artigos 15 a 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000).

²⁹ Consagrada no inciso XV do artigo 78 da Lei de Licitações.

³⁰ Inciso XXI, art. 37 da CRFB.

de desequilíbrio econômico-financeiro, uma vez que em tais contratos faz-se necessário a presença de cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento.

Neste sentido, destacam-se os julgados tanto no STF quanto no STJ em que se reconhece o direito de indenização por parte das empresas contratadas nos contratos administrativos em virtude da quebra do equilíbrio econômico e financeiro do contrato, tutelados por princípios como o da confiança e da segurança jurídica³¹. Reconhecendo, inclusive, a responsabilidade civil do Estado pelas perdas e danos (seja pelos danos emergentes, que consistem no prejuízo real sofrido pelo credor, seja pelos lucros cessantes, que possuem relação com um ganho que deixou de obter em decorrência do inadimplemento).

Por fim, ressalta-se também a possibilidade de incidência de perdas e danos em virtude do inadimplemento contratual³², sendo elas devidas ao credor e abrangentes não apenas ao que ele efetivamente perdeu, mas também o que razoavelmente deixou de lucrar. Deste modo, a aplicação, ainda que de forma subsidiária, da teoria do inadimplemento civil aos contratos administrativos é essencial afim de se garantir uma melhor execução do contrato administrativo como um todo. Isso porque a Lei de Licitações trata a matéria de forma muito mais restrita que o Código Civil.

3.1.4 Da exceção do contrato não cumprido

A exceção do contrato não cumprido trata-se de tópico com um certo viés principiológico/fundamentador da teoria do adimplemento contratual, tendo em vista ser aplicada aos contratos bilaterais (incluindo-se aqui os contratos administrativos), nos quais há um direito/dever mútuo dos contratantes de exigência do implemento por parte do outro, desde que, para isso, tenha cumprido sua prestação³³.

Dentre as hipóteses de rescisão contratual da Lei de Licitações³⁴ a possibilidade de rescisão por atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados.

³¹ Neste sentido: RE 571.969/DF, DJe 12.03.2014 ; REsp 1.248.237, DJe 01.10.2014; REsp 412.798-BA, DJe 19.12.2003.

³² Tema lecionado no art. 402 do Código Civil.

³³ Observar artigos 476, 477 do CC/02.

³⁴ Artigo 78, XV da Lei de Licitações.

Nos contratos de colaboração para execução de obras e serviços, por meio de atividade delegada, o contratante tem como seu direito principal o de receber o preço público pela atividade prestada, na forma e no prazo convencionados ou, em se tratando de concessão de uso de bens públicos, por exemplo, o direito de receber prestação devida pela Administração.

Conforme entendimento jurisprudencial³⁵, sempre que o atraso de pagamento perpetrado pela entidade contratante ultrapassar o prazo de 90 dias, poderá a contratada comunicar formalmente à entidade contratante a suspensão do cumprimento das obrigações pactuadas no contrato e/ou pleitear sua rescisão judicial.

Tal entendimento é possível de ser aplicado sempre que o inadimplemento do contratado decorrer exclusivamente do atraso no recebimento de preço acordado com a Administração (caracterizando o inadimplemento da administração pública, denominado no direito administrativo de fato da administração), acarretando prejuízos insuportáveis para ele (e conseqüente desequilíbrio econômico e financeiro do contrato). Nesse contexto, justifica-se a invocação da exceção do contrato não cumprido consagrada no CC/02. Além de se verificar, nesses casos, a violação ao princípio da vedação ao enriquecimento sem causa (tema a ser analisado no tópico seguinte).

3.1.5 Enriquecimento sem causa

Assim como as questões envolvendo abuso de direito, o enriquecimento sem causa caracteriza-se por ser um direito universal decorrente de preceitos constitucionais como probidade e boa-fé. Conforme o Código Civil³⁶, será obrigado a restituir o que indevidamente tiver auferido todos que, sem justa causa, se enriquecerem à custa de outrem, devendo ser feita atualização monetária dos valores devidos. Salvo se for conferido outros meios legais para ressarcir o indivíduo do prejuízo sofrido.

Os dispositivos sobre enriquecimento sem causa do CC/02³⁷ reafirmam as disposições próprias do direito administrativo constitucional. Isso porque a Constituição Federal³⁸ afirma que as pessoas jurídicas de direito público e as

³⁵ Conforme os julgados: REsp 910.802/RJ ; TRF-4 AC 1999.04.01.034581; TJ-PE - APL: 3111628 PE, Julgamento: 11/02/2016; TJ-PE - AI: 3930889 PE, Julgamento: 04/02/2016; TJ-RN - AC: 20120099303, Julgamento: 26/02/2013; dentre tantos outros.

³⁶ Consoante o artigo 884 do CC/02.

³⁷ Conforme o artigo 884 e seguintes do Código.

³⁸ Observar artigo 37, §6º, da Constituição Federal.

de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem. Matéria prevista também na Lei de Licitações no parágrafo único do artigo 59 ao tratar sobre a declaração de nulidade do contrato administrativo, a qual não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

3.1.6 A revisão contratual como alternativa à resolução do contrato por onerosidade excessiva

O Código Civil³⁹ caracteriza como onerosidade excessiva as situações nas quais a prestação de uma das partes se torna excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis⁴⁰, ensejando ao devedor a possibilidade de pedir a resolução do contrato.

Nos contratos administrativos, nas situações de reiterado descumprimento do pagamento do valor devido ao contratado, surge a possibilidade do redimensionamento das obrigações contratuais como um verdadeiro mecanismo de reduzir o agravamento da onerosidade excessiva. Podendo as partes, de comum acordo, promover novo equacionamento das obrigações contratuais em razão de eventuais dificuldades financeiras do ente público.

Deste modo, pode-se dizer que a necessidade de restabelecimento do equilíbrio econômico e financeiro do contrato administrativo advém da superveniência de prestações obrigacionais excessivamente imposta ao contratado da administração. Trata-se de matéria civilista já consagrada nos contratos administrativos como um todo e é um ponto extremamente importante nos contratos de prestação de serviços públicos, sobretudo os tidos como essenciais.

Justamente em virtude desses contratos (em regime de concessão de serviços públicos através de uma atividade delegada ao ente privado pela

³⁹ Consoante o artigo 478 do CC/02, o qual é perfeitamente aplicado aos contratos administrativos, sobretudo no que diz respeito aos contratos de prestação de serviços, que se caracterizam como contratos de execução continuada ou diferida.

⁴⁰ Sobre extraordinários e imprevisíveis, observar o estudo do tópico seguinte sobre Equilíbrio Econômico e Financeiro do Contrato.

administração pública), serem contratos de longa duração. Logo, com a possibilidade de restabelecimento do equilíbrio econômico e financeiro pode-se evitar a resolução do contrato por onerosidade excessiva, a partir de mudanças equitativas das condições do contrato.⁴¹

Portanto, ao invés de optar pela resolução do contrato por onerosidade excessiva, opta-se pela revisão contratual, a qual, ao final, apresenta-se muito mais vantajosa tanto para a administração contratante quanto para o particular contratado, afim de revisar os preços, atualizando-os monetariamente, reajustando-os ou repactuando-os.⁴²

Desta feita, a Lei de Licitações⁴³ determina como cláusula necessária aos contratos administrativos o preço e as condições de pagamento, 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.

Acerca da possibilidade de repactuação nos contratos de prestação de serviços a serem executados de forma contínua, poderão ser prorrogados em períodos iguais e sucessivos ao da contratação, levando em consideração a obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitadas a sessenta meses.⁴⁴

E, de forma específica, o Decreto n. 2.271/97 (uniformizar modo de citação das leis), ao tratar da contratação de serviços pela administração pública federal, estabelece que tais contratos que tenham por objeto prestação de serviços executados de forma contínua poderão, desde que previsto no edital, admitir repactuação visando a adequação aos novos preços de mercado.⁴⁵

⁴¹ Conforme disposição expressa do Código Civil no artigo 479.

⁴² Nesse sentido, analisa o professor de Direito Público da USP, Dr. Vitor Rhein Schirato: "como consequência de um processo de atenuação da verticalidade das relações entre Estado e indivíduo, emerge a necessidade de revisão dos contratos administrativos como instrumentos firmados com uma necessária desigualdade entre as partes. É dizer que as relações gerais entre Estado e indivíduos deixam de ser essencialmente verticalizadas e autoritárias, o conceito de contrato administrativo moldado originalmente para se aplicar a uma necessária desigualdade entre as partes perde o sentido. Mas ainda, o contrato passa a ser não apenas meio de interação comercial entre Estado e iniciativa privada, mas meio de realização de funções públicas e satisfação de interesse pela via consensual". Cf. Apud. GARCIA, Flávio Amaral. Licitações e Contrato Administrativos: casos e polêmicas. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 412.

⁴³ Artigo 55, III da Lei.

⁴⁴ Previsão do artigo 57, II da Lei de Licitações.

⁴⁵ Artigo 5º do Decreto 2.271/97.

3.1.7 Equilíbrio econômico e financeiro

Como estudado no tópico acima, o restabelecimento do equilíbrio econômico e financeiro a partir de medidas alternativas à resolução do contrato (a exemplo da revisão contratual e da repactuação) torna-se, na prática, algo muito mais viável tanto para a Administração quanto para o contratado. Uma vez que não se resolveria o contrato, apenas o revisaria, afim de restabelecer o equilíbrio econômico e financeiro a partir do reajustamento do preço.

O desequilíbrio econômico e financeiro e o reconhecimento do direito a sua recomposição decorrem, via de regra, da ocorrência superveniente de eventos extraordinários, de cunho imprevisível ou de efeitos incalculável, a exemplo da ocorrência das áleas administrativas e econômicas e no caso fortuito e força maior.⁴⁶

Trata-se de eventos causadores de mutabilidade contratual⁴⁷ nos contratos administrativos, capazes de gerar desequilíbrios econômicos e financeiros. Sobre as áleas administrativas, que se subdividem em fato do príncipe, fato da administração e as possibilidades de alteração contratual de forma unilateral, ressaltamos, sobre as últimas, a impossibilidade de alteração unilateral do contrato⁴⁸ trazida pela Lei n. 13.303 de 2016 que regulamenta o estatuto jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista atuantes no setor econômico. Essa vedação sinaliza a tendência negocial dos contratos administrativos como um todo (embora a Lei regulamente apenas as empresas de capital público), uma vez que visa a garantir uma maior funcionalidade com igualdade de prerrogativas na forma de gestão do contrato acordado.

Por fato da administração, entende-se como qualquer ato, comissivo ou omissivo, por parte do ente contratante, capaz de dificultar/retardar ou impedir a execução do contrato por parte do contratado. Já o fato do príncipe seria um ato de autoridade, não diretamente relacionado com o contrato, mas capaz de repercutir indiretamente sobre ele, respondendo a Administração, nesses casos, em virtude de sua obrigação de restabelecer o equilíbrio voluntariamente rompido.⁴⁹ E, sobre a possibilidade de alteração unilateral, a Lei de Licitações⁵⁰

⁴⁶ Nessas hipóteses elencadas, dispõe o artigo 65, II, "d" da Lei n. 8.666/93 que se poderá restabelecer o equilíbrio econômico e financeiro do contrato, por acordo entre as partes, a fim de retomar a relação que as partes pactuaram inicialmente.

⁴⁷ Vide tópico 2.2 sobre características e cláusulas obrigatórias dos contratos administrativos.

⁴⁸ O artigo 72 da Lei das Estatais afirma que os contratos regidos por ela somente poderão ser alterados por acordo entre as partes.

⁴⁹ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 29.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

⁵⁰ Lei n. 8.666/93, artigo 58, I.

estabelece ser possível a Administração modificar os contratos administrativos, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado.

Já a álea econômica encontra guarida na Teoria Da Imprevisão, a qual decorre de acontecimentos externos ao contrato, ou seja, estanhos à vontade das partes, caracterizados como imprevisíveis e inevitáveis, causadores de desequilíbrios contratuais, a ponto de tornar a execução do contrato extremamente onerosa para o contratado.⁵¹

Sobre a possibilidade de alteração dos contratos administrativos em consequência do desequilíbrio econômico e financeiro, esta se dará de forma bilateral (por acordo das partes), quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço.⁵²

A Lei de Licitações⁵³ dispõe, ainda, que as partes poderão, de comum acordo, restabelecer a relação inicialmente pactuada entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico e financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda em causa de fortuito interno ou fato do príncipe (configurando álea econômica extraordinária e extracontratual).

Por fim, ressaltamos a manutenção do equilíbrio econômico e financeiro como tema de relevante interesse público, posto que o ente estatal, em cumprindo seus compromissos contratuais, seja capaz de reparar eventuais danos gerados. Tutelando-se, neste aspecto, o interesse social em ver o Estado honrando seus compromissos de forma ética e proba.

⁵¹ Ressaltamos, ainda, que a Teoria da Imprevisão não se confunde com caso fortuito ou força maior, que são verdadeiras excludentes de responsabilidade (embora garantam o direito à rescisão contratual desde que devidamente comprovada, conforme o artigo 78, XVII da Lei Geral de Licitações), uma vez que geram a impossibilidade absoluta de dar prosseguimento ao contrato, impedindo a sua execução de forma absoluta.

⁵² Disposição do artigo 65, II, c da Lei de Licitações.

⁵³ Artigo 65, II, "d", da Lei.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme posto neste trabalho, o processo de desburocratização da máquina pública e de intensificação das relações entre a Administração e as empresas privadas nos contratos administrativos vem possibilitando grandes transformações afim de adaptar tais contratos à dinâmica social e econômica do Brasil.

Como analisado, este processo de transformações na gestão pública passa a ganhar significativa importância no Ordenamento Jurídico Pátrio a partir da promulgação da CRFB/88, a qual fundamenta-se em um liberalismo com um viés social, e intensificou-se com o processo de constitucionalização do Direito.

O advento do Neoconstitucionalismo ressaltou a necessidade de efetivação da justiça social, a qual além de assegurar os interesses públicos da sociedade como um todo, também engloba os interesses dos particulares, ensejando, na doutrina, o início da discussão acerca de uma possível relativização do interesse público. Relativização esta que, a nosso ver, nada mais seria que a necessidade de ponderação de valores no caso concreto, tendo em vista tratar-se o interesse público de princípio constitucional.

A partir da discussão em torno da relativização do interesse público, verifica-se o enfraquecimento das cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos e a conseqüente ampliação das obrigações civis a tais contratos, afim de garantir um maior equilíbrio contratual e contraprestacional entre os contratantes.

Deste modo, as tendências do direito obrigacional e dos contratos no Código Civil devem ser observadas nos contratos administrativos, uma vez que atuam de forma complementar (ainda que subsidiária, conforme o artigo 54 da Lei 8.666/93) às obrigações dos contratos administrativos. Sendo possível, assim, desenvolver contratos mais condizentes com a dinâmica econômica e contratual do século XXI, de caráter negocial, superando o nosso modelo rígido contratual baseado no direito administrativo francês do século XIX.

Nesse sentido, constatou-se a tendência de adoção de um novo paradigma na inter-relação entre o setor público e o privado no que diz respeito ao modelo contratual administrativo adotado. O que repercutiu, atualmente, na intensificação das formas de parceria entre os dois setores, a exemplo das Parcerias Públicos Privadas e da ampliação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, os quais são baseados em um conjunto de obrigações mais dinâmicas e equilibradas, compartilhado os ônus do contrato entre a Administração e o particular contratado.

Com isso, nota-se ser bastante salutar a aplicação de normas e princípios privados, antes somente ventilados nas relações entre particulares, como

técnica de soluções de conflitos nascidos dos contratos administrativos. Em especial naquelas hipóteses nas quais as normas de direito público que regem esses contratos se mostrarem insuficientes para garantir o equilíbrio contratual necessário, afim de não se onerar, de forma excessiva e desarrazoada, nenhuma das partes contratuais. Devendo-se, para isso, ambas as partes contratuais atuarem com uma conduta proba e calcada na boa-fé.

5 REFERÊNCIAS

ARÊDES, Sirlene Nunes. As cláusulas exorbitantes e a distinção dos contratos da administração em contratos administrativos e contratos de direito privado. *Revista de Direito Administrativo*, FGV. v. 253. 2010. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8053>>. Acesso em: 22 de julho de 2016.

BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista De Direito Proc. Geral*. Rio de Janeiro, p. 59, 2005.

BORGES, Alice Gonzalez. Reflexos do Código Civil nos Contratos Administrativos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.9, fevereiro/março/abril, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/radae.asp>>. Acesso em: 20 de junho de 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

FALCÃO, Joaquim (Org.). [et al.]. *Direito administrativo contratual*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011. v.2.

GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e Contrato Administrativos: casos e polêmicas*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

LOBO, Paulo. *Direito Civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

NÓBREGA, Marcos. *Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. *Revista de Direito da Associação dos*

Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. XVIII, 2006. (Número temático, Parcerias público-privadas).

SCHIRATO, Vitor Rhein. A intervenção entre a Administração Pública e os particulares nos contratos administrativos. In: FÓRUM DE CONTRATAÇÃO E GESTÃO PÚBLICA – FCGP, n. 138, Ano 12, Belo Horizonte, junho/2013.

SILVA, Leonardo Rodarte de Almeida e. A aplicação da teoria da exceção dos contratos não cumpridos aos contratos administrativos. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 250, p. 1148-1158, dez. 2014.

VIEIRA, André Luís; RODRIGUES, Tiago Alves Barbosa. O regime jurídico dos contratos administrativos e a subsidiariedade dos preceitos do Codex Civilis: uma nova ordem para a contratação pública. FÓRUM DE CONTRATAÇÃO E GESTÃO PÚBLICA – FCGP, Belo Horizonte, ano 12, n.133, jan. 2013. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=84231>. Acesso em: 8 junho de 2016.