Número 17 – janeiro/fevereiro/março de 2009 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X -

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Prof. Ricardo Marcondes Martins
Procurador do Município de São Paulo. Mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

Resumo: Contrato administrativo. Contrato da Administração. Direito Privado. Vícios metodológicos. Revogação. Alteração e extinção unilateral. Invalidação. Caducidade. Decaimento. Conversão. Equação econômico-financeira.

Palavras-Chave: O tema dos contratos administrativos é marcado por dois vícios metodológicos, vícios de premissas teóricas decorrentes do apego ao direito privado. O primeiro decorre da suposição de que o Estado possa assumir a situação jurídica de um particular e, pois, submeter-se ao regime de direito privado. O segundo decorre da suposição de que a teoria geral do direito privado seja uma verdadeira teoria geral do direito. A teoria dos contratos administrativos é duplamente viciada: não existem "contratos privados da Administração", mas também não existem "contratos administrativos". Vários equívocos teóricos são evitados quando o contrato administrativo é tomado com um rótulo dado aos "atos administrativos bilaterais". A teoria da alteração e extinção unilaterais do contrato administrativo não possui autonomia: diz respeito à teoria da correção dos atos administrativos inválidos. A intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato fundamenta-se na profunda diferença entre a situação jurídica da Administração e a situação jurídica do particular.

Sumário: 1. Introdução. 2. Contratos administrativos: conceito e classificação. 2.1 Contrato no Direito Privado. 2.2 Três posições sobre os contratos administrativos. 2.3 Direito Administrativo e Direito Privado. 2.4 Conceito de contrato administrativo. 2.5 Classificação dos contratos administrativos. 3. Regime jurídico dos contratos administrativos. 3.1. Conceitos elementares da teoria do ato administrativo. 3.2 Contratos administrativos e revogação. 3.3 Alteração unilateral e extinção unilateral dos contratos administrativos. 3.4 Intangibilidade da equação econômico-financeira. 4. Conclusões. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A *teoria dos contratos administrativos* já foi muito estudada na doutrina brasileira e na estrangeira, existe farta produção doutrinária sobre ela. Apesar disso, longe está de ser assunto pacificado; pelo contrário, dá margem a novas reflexões, ainda fomenta intensos debates científicos. Este estudo pretende examinar as principais posições existentes na doutrina brasileira e, a

partir da análise crítica dessas posições, apresentar as linhas mestras de uma *teoria geral* dos contratos administrativos. Pretende, com a *maior concisão possível*, enunciar o *conceito* de contrato administrativo, sua *classificação* e suas *características*.

O contrato administrativo é um *conceito jurídico-positivo* e, por isso, é insuscetível de universalização; é pensado, desenvolvido, à luz de determinado direito positivo.[1] Pretende-se aqui desenvolver uma teoria geral dos contratos administrativos à luz do *direito positivo brasileiro*. O contrato administrativo, contudo, não é um tema *criado* pelo direito brasileiro, mas em certa medida trazido de ordenamentos estrangeiros. A *importação* de um conceito jurídico-positivo importa numa *recriação* do conceito, ele sofre o influxo do sistema normativo ao qual é inserido. O estudo de um conceito jurídico-positivo importado de ordenamentos alienígenas exige a compreensão do tema nesses ordenamentos, mas também a consciência de que todo conceito dogmático importado é recriado quando da importação.[2]

Almeja-se construir uma teoria apropriada para o direito positivo brasileiro, que sintetize da melhor maneira possível o feixe de normas vigentes. Intenta-se alertar a doutrina especializada sobre algumas impropriedades correntes. Espera-se, ao final, contribuir para o aprimoramento científico da teoria brasileira dos contratos administrativos, fornecendo produto acabado ou, ao menos, elementos para novas discussões.

[1] O Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua monumental tese de livre docência, há muito examinou com precisão os conceitos jurídico-positivos: "Com efeito, à Ciência do Direito importam unicamente as noções e categorias que permitam deduzir as regras jurídicas aplicáveis em tais ou quais situações. Por isso mesmo um conceito jurídico é exato quando coincidente com determinado feixe de princípios e normas organicamente associados de maneira a formar um sistema. Daí se segue que as noções jurídicas se resumem em 'unidades sistemáticas' compostas por regras de direito e princípios vazados nas mesmas regras". (*Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*, 1968, p. 10, rodapé 10). Não existe, pois, um *conceito universal de contrato administrativo*, trata-se de conceito jurídico-positivo, só compreensível à luz de determinado direito positivo.

[2] Allan-R. Brewer Carías, em excelente estudo sobre os contratos administrativos, clama pela construção de uma teoria dos contratos administrativos para o direito positivo nacional: "A repartição das competências jurisdicionais, na França foi um fator chave no nascimento e desenvolvimento do Direito Administrativo e na própria concepção do contrato administrativo; definitivamente, foi a justificação do próprio Direito Administrativo. Em nossos países e na grande maioria daqueles que foram tributários do Direito francês isto não ocorreu, e nem é assim. Daí a tendência observada, uma vez alcançada a necessária madurez doutrinária, de abandonar tantas teorias e concepções baseadas em uma situação de origem adjetiva, demasiadamente circunstancial, e de estruturar nossas próprias concepções. *Não se trata de inovar por inovar e, sim, de substantivar o próprio Direito Administrativo, conforme as peculiaridades de nossos países, e deixar de importar por importar*". ("Evolução do Conceito de Contrato Administrativo". *Revista de Direito Público*, v. 51-52,1979, p. 6, grifo nosso).

2. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO

É possível afirmar que o contrato é um instituto próprio do *direito privado*. Por isso, o estudo do contrato administrativo deve partir do conceito de contrato proposto pelos civilistas.

2.1 CONTRATO NO DIREITO PRIVADO

A obra de Orlando Gomes é, no tema, considerada um clássico da literatura nacional e, assim, pode ser utilizada como referência. O aclamado civilista baiano considera o contrato um *conceito derivado* porque contém todos os caracteres do conceito de *negócio jurídico*: "contrato é uma espécie de negócio jurídico que se distingue, na *formação*, por exigir a presença pelo menos de duas partes", quer dizer, contrato é *negócio jurídico bilateral* ou *plurilateral*.[3] Por conseguinte, o conceito de contrato pressupõe o conceito de negócio jurídico.

Marcos Bernardes de Mello informa que o conceito de *negócio jurídico* (*Rechtsgeschaft*) foi desenvolvido pelos pandectistas no início do século XIX, como ato de *autonomia da vontade*, como um *instrumento* de realização da *vontade individual*.[4] É célebre o conceito de Windscheid: "negócio jurídico é uma declaração privada de vontade, que visa a produzir um efeito jurídico".[5] Hans Kelsen contribuiu sensivelmente para o tema, elaborando a chamada *teoria normativa dos negócios jurídicos*: estes são *veículos introdutores* de *normas jurídicas* elaboradas pelos indivíduos.[6] A base do *direito privado* é a *vontade*, daí a célebre distinção privada entre atos e fatos jurídicos: os primeiros, ao contrário dos segundos, são manifestações de vontade. Porém, enquanto nos *atos jurídicos em sentido estrito* os efeitos jurídicos são previamente determinados pela ordem jurídica; nos negócios jurídicos os efeitos jurídicos são determinados pela vontade das partes.[7] Negócios jurídicos, enfim, são veículos introdutores de normas jurídicas editadas pelos particulares, fruto da chamada *autonomia privada*.

---

[3] *Contratos*, 1997, §1, p. 4. Pouco adiante o autor aclara: "Emprega-se o vocábulo *contrato* em sentido *amplo* e *restrito*. No primeiro, designa todo negócio jurídico que se forma pelo concurso de vontades. No segundo, o acordo de vontades produtivo de efeitos obrigacionais na esfera patrimonial". (*Contratos*, 1997, §4, p. 9).

[4] *Teoria do Fato Jurídico*: plano da existência, 2003, p. 161-164.

[5] Diritto delle Pandette, 1902, *apud* Bernardes de Mello, Marcos. *Teoria do Fato Jurídico*: plano da existência, 2003, p. 164.

[6] "Na medida em que a ordem jurídica institui o negócio jurídico como facto produtor de Direito, confere aos indivíduos que lhe estão subordinados o poder de regular as suas relações mútuas, dentro dos quadros das normas gerais criadas por via legislativa ou consuetudinária, através de normas criadas pela via jurídico-negocial". (Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 1984, p. 351).

[7] Sobre essa classificação, vide, por todos, Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 1995, v. 1, p. 200 *et seq*.

A ordem jurídica garante aos indivíduos o *poder* de disciplinar sua esfera jurídica, desde que respeitadas todas as limitações impostas pelo sistema. Como o ser humano é, por natureza, político e social, ou, noutros termos, como sua existência pressupõe a *intersubjetividade*, a possibilidade de regular a própria esfera é insuficiente para a efetiva garantia da *liberdade*. Possibilitou-se, por isso, ao ser humano, no âmbito privado, interferir na esfera jurídica alheia. Contudo, como, por presunção absoluta, todo o ser humano, para o sistema jurídico, tem o mesmo valor jurídico, ou seja, *todos são iguais*, a interferência na esfera de outrem pressupõe sua *aquiescência* ou sua *concordância*. Daí o *dogma da vontade*: no âmbito privado, a autodisciplina da conduta pressupõe a própria vontade e a disciplina da conduta alheia pressupõe a vontade própria e a alheia.[8]

Dessarte, no direito privado é possível que um particular formule sozinho a norma jurídica e a edite, porém, sua eficácia ficará condicionada ao assentimento do destinatário. É perfeitamente possível, outrossim, que um particular conclame outrem a juntos formularem a norma jurídica, necessitará do consentimento.[9] O nome genérico dado ao veículo introdutor de normas postas por um só indivíduo, mas condicionadas ao assentimento de outrem, é *negócio jurídico unilateral*. O nome genérico dado ao veículo introdutor de normas postas por dois ou mais indivíduos é *negócio jurídico bilateral* ou *plurilateral*. Os negócios jurídicos bilaterais e plurilaterais são chamados de

[8] Calha à fiveleta a doutrina do emérito civilista Francisco Amaral: "A autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica". E pouco adiante: "Sob o ponto de vista institucional e estrutural, dominante na teoria geral do direito, a autonomia privada constitui-se em um dos princípios fundamentais do sistema de direito privado num reconhecimento da existência de um âmbito particular de atuação com eficácia normativa. Trata-se da projeção, no direito, do personalismo ético, concepção axiológica da pessoa como centro e destinatário da ordem jurídica privada, sem o que a pessoa humana, embora formalmente revestida de titularidade jurídica, nada mais seria do que mero instrumento a serviço da sociedade. Sob o ponto de vista técnico, que revela a importância prática do princípio, a autonomia privada funciona como verdadeiro poder jurídico particular de criar, modificar ou extinguir situações jurídicas próprias ou de outrem". (*Direito Civil*: introdução, 2000, p. 337-338). Também são dignas de registro as palavras de Pontes de Miranda: "Se o ser humano não tivesse diante de si campo em que poderia exercer a sua vontade, não se poderia falar de personalidade. No que a manifestação de vontade, inclusive por ato que não seja simples expressão do querer, não ofende interesses de outrem, ou interesses gerais, tem o ser humano, a pessoa, liberdade de fazer, de não fazer, de falar e de não falar. Onde atinge interesse alheio, a que cause dano, é preciso ou que o *alter* acorde ou concorde com o que se passa ou se vai passar, ou tem o atuante de indenizar". (*Tratado de Direito Privado*, 1962, Tomo XXXVIII, §4.193, p. 38-39).

[9] Assentimento vem do verbo "assentir" — este vem do verbo latino "*assentio, is, ire, sensi, sensum*", que significa juntar seu assentimento ao de outrem, dar assentimento, aprovar. Consentimento vem do verbo "consentir" — este vem do verbo latino "*consentio, is, ire, sensi, sensum*", que significa sentir ao mesmo tempo, estar de acordo. Cf. Ernesto Faria, *Dicionário Latino-Português*, 2003, p. 106 e 236. As duas palavras são registradas como sinônimas na maioria dos dicionários. Há diferença substancial: assentir importa numa atitude *passiva* do agente, é apenas aquiescer; consentir importa numa atitude *ativa* do agente, é sentir junto, é concordar. Tecnicamente, nos atos privados unilaterais há *assentimento*, a norma foi elaborada por um particular e aceita por outro; nos atos privados bilaterais há *consentimento*, a norma é elaborada por dois (ou mais) particulares ou é elaborada por um e assumida como produto de ambos (ou de todos).

contratos.[10] Silvio Luís Ferreira da Rocha discriminou de forma didática e precisa os princípios regentes dos contratos privados: a *liberdade contratual* — o contrato fundamenta-se na autonomia da vontade; a *paridade jurídica entre os contratantes* — são formalmente iguais, inexiste situação jurídica de desequilíbrio que implique sujeição de um ao outro, por isso submetem-se à mesma disciplina e nenhum deles pode impor ao outro o conteúdo do contrato ou alterar unilateralmente o contrato; a *obrigatoriedade do contrato* — tem força vinculante, obriga as partes; a *intangibilidade do contrato* — seus termos não podem ser modificados sem o consentimento das partes; *relatividade dos efeitos* — os efeitos produzidos pelo contrato restringem-se às partes que o celebram.[11]

Há que se fazer uma ressalva: a sociedade de consumo exigiu dos juristas uma espécie de *adaptação* à realidade. Em muitos casos, o sistema normativo considera o assentimento à norma elaborada por outrem um verdadeiro *consentimento*. A norma não é elaborada por ambas as partes, mas apenas por uma delas; a parte aderente, contudo, ao aderir, aceita a norma produzida pela parte proponente como se fosse um produto de sua vontade, ela toma a proposta como um produto seu; ao aderir, ela consente. É exatamente o que ocorre nos chamados *contratos de adesão*.[12]

---

[10] Maria Helena Diniz apresenta o seguinte conceito: "contrato é o acordo entre a manifestação de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial". (*Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, 1996, v. 1, p. 9). O conspícuo Silvio Luís Ferreira da Rocha apresenta conceito similar: "Pode-se, portanto, definir o contrato como o acordo de vontades pelo qual as partes constituem, modificam ou extinguem relações jurídicas patrimoniais". (*Curso Avançado de Direito Civil*: volume 3, contratos, 2002, p. 33).

[11] *Curso Avançado de Direito Civil*: volume 3, contratos, 2002, p. 33-38.

[12] Afirma Custodio da Piedade Ubaldino Miranda, em sua tese de livre-docência: "Assim, uma das partes – o aderente – não tem, no 'contrato de adesão', a mínima condição de contribuir sequer para a fixação do conteúdo contratual, não se podendo dizer, por isso, que ele se dá regras a si próprio, parecendo assim que essa figura contratual desafia a sua inserção no âmbito da autonomia privada. A isso se responde que a declaração de aceitação sanciona o conteúdo pré-formulado, na medida em que interessa ao aderente contratar até mesmo com tal conteúdo, tudo se passando, desde que o aceita, como se ele próprio tivesse participado de sua elaboração". (*Contrato de Adesão*, 2002, p. 52). E adiante: "Os contratualistas entendem que também o consentimento pode ser prestado em *bloco* e não tem menos valor por se traduzir num *sim* que não foi precedido de negociações, não integrando essas particularidades a definição do consentimento. O que interessa é que o aderente tenha pleno conhecimento das cláusulas contratuais, e todo o tratamento do contrato de adesão deve orientar-se nesse sentido, possibilitando-se o controle da oponibilidade de certas cláusulas ao aderente". (*Contrato de Adesão*, 2002, p. 73). O tema do contrato de adesão é complexo e extravasa os limites deste estudo. É mister, contudo, efetuar um esclarecimento: a técnica de tomar o assentimento como consentimento, apesar de necessária nos contratos de adesão, não é exclusiva deles. É perfeitamente possível que um particular redija os termos do contrato e o outro, sem modificar absolutamente nada, consinta, vale dizer, aceite os termos do contrato como produto de sua vontade; haverá aí negócio jurídico bilateral e não ato unilateral, mas não haverá contrato de adesão. Isso porque para que haja contrato de adesão, além de redigir o contrato, a parte deve oferecê-lo ao público. Quer dizer, o conceito de *contrato de adesão* possui dois condicionantes: a elaboração do contrato por uma parte, sem discussão, e a oferta ao público. A primeira condição é necessária, mas não suficiente para que haja contrato de

2.2 TRÊS POSIÇÕES SOBRE OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Efetuadas algumas considerações sobre o contrato no *direito privado*, possível se torna passar ao exame dos chamados *contratos administrativos*. Sobre eles existem na doutrina brasileira *três posições*. A primeira baseia-se na doutrina tradicional francesa, a segunda na doutrina tradicional alemã e a terceira numa doutrina formulada mais recentemente sobre o tema.[13]

Pela primeira posição a Administração pode firmar contratos regidos pelo direito público, denominados de *contratos administrativos*, e contratos regidos pelo direito privado, denominados de *contratos da Administração*.[14] Os contratos pertencem ao primeiro grupo por uma imposição legal, ou por conter

---

adesão. Nesse sentido, afirma Custodio da Piedade Ubaldino Miranda: "Assim como no contrato de adesão pode haver uma ou outra cláusula sem que isso altere a natureza peculiar desse contrato, assim também no contrato negociado o destinatário pode aceitar em bloco uma proposta contratual padronizada, se todas as suas cláusulas lhe convierem; se o faz, o contrato se forma, mas nem por isso se torna um contrato de adesão. Faltam aqui a especificidade da declaração negocial do predisponente e a generalidade e a indeterminação dos destinatários, características do contrato de adesão". (*Contrato de Adesão*, 2002, p. 25). E pouco adiante, o autor apresenta seu conceito de contrato de adesão: "Por contrato de adesão poderá assim entender-se como aquela forma de contratar em que, emitida pelo predisponente uma declaração dirigida ao público, contendo uma promessa irrevogável para esse efeito, mediante cláusulas uniformes, formuladas unilateralmente, o contrato (individual, singular) se forma, com o conteúdo assim prefixado, no momento em que uma pessoa, aceitando essas cláusulas na sua totalidade, ainda que com eventuais aditamentos, adere a tal conteúdo". (*Contrato de Adesão*, 2002, p. 27).

[13] As três posições foram, há muito, identificadas pelo notável Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello em trabalho de obrigatória leitura ("Contrato Administrativo". *Revista dos Tribunais*, v. 562, p. 37-38).

[14] Gaston Jèze, considerado o pai da teoria dos contratos administrativos, defendeu que a Administração poderia escolher entre a celebração de um contrato regido pelo direito público e a celebração de um contrato regido pelo direito privado. Nas palavras do notável jurista: "Pour que ces règles spéciales s'appliquent, il ne suffit pas qu'un contrat soit passé par l'administration avec un particulier pour la prestation d'une chose ou d'un service. Il faut, de plus, que le contrat ait pour objet d'assurer le *fonctionnement d'un service public*. Et même ce novel élément ne suffit encore pas: il est indispensable que les parties contractantes aient *voulu* se soumettre à un régime juridique exorbitant du droit civil, au *régime du droit public*". (*Les Principes Généraux du Droit Administratif*: le fonctionnement des services publics, 1926, p. 298). Adiante o autor desenvolve a célebre classificação: "Dès lors, parmi les contrats conclus en vue d'assurer le fonctionnement d'un service public, il y a deux catégories: 1º Ceux qui sont des *contrats ordinaires*, régis par le Code civil ; 2º Ceux qui sont des *contrats administratifs*, soumis aux règles spéciales du droit public". (*Les Principes Généraux du Droit Administratif*, 1926, p. 305). André de Laubadère, em sua obra clássica, assentou em sólidas bases a teoria iniciada por Jèze: "Il est aujourd'hui et depuis longtemps acquis que la théorie des contrats de l'administration repose sur la distinction fondamentale des contrats administratifs proprement dits et des contrats de droit commun (ou de droit privé) conclus par l'administration". E pouco adiante: "Les règles qui s'appliquent aux contrats de droit commun sont en principe celles du Code civil; celles qui régissent les contrats administratifs sont des règles de droit public, dégagées pour la plupart par la jurisprudence des tribunaux administratifs eux-mêmes". (*Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, 1956, v. I, §2, p. 8-9). A dicotomia *contrats administratifs* e *contrats de l'administration*, os primeiros regidos pelo direito público e os segundos pelo direito privado, imortalizou-se na doutrina francesa. Cita-se, como fonte mais recente, em que a teoria é integralmente adotada, a obra de Jean Rivero e Jean Waline (*Droit Administratif*, 2000, p. 115 *et seq*.).

cláusulas exorbitantes ou porque têm por objeto a prestação de um serviço público.[15] Para a segunda corrente não existem contratos administrativos, ou a atividade da Administração submete-se ao direito privado e é possível a celebração de contratos, ou não se submete ao direito privado e o que seriam contratos administrativos são atos unilaterais com contratos adjetos.[16] Para a terceira corrente existem contratos administrativos, mas não existem contratos da Administração, quer dizer, todos os contratos firmados pela Administração

[15] As três hipóteses são discriminadas por André de Laubadère em seu tratado (*Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, 1956, v. I, §14, p. 33-34); também são reproduzidas em seu manual (*Droit Administratif*, 2002, p. 264-266). Registra-se uma curiosidade sobre a obra "*Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*" de Laubadère. Sua primeira edição data de 1956 e possui três volumes. A segunda edição é verdadeiramente uma *nova obra*, que pouco tem a ver com a primeira. Trata-se do *Traité des Contrats Administratifs*, resultante da "atualização" dos dois primeiros volumes do *Traité Théorique* empreendida por Frank Moderne e Pierre Devolvé. O primeiro volume foi publicado em 1983 e o segundo em 1984 (observe-se que Laubadère falecera em 1981). Neles constam novos conceitos, novas partes; trata-se, enfim, de outra obra.

[16] A segunda corrente segue a doutrina de Otto Mayer. O autor assumiu a seguinte regra: tudo que é igual por natureza deve ser também regulado igualmente (*Derecho Administrativo Alemán*, 1949, v. I, p. 184). Conseqüentemente, sempre que o Estado se insere numa relação idêntica a que se estabelece entre os particulares, aplicam-se as regras do direito civil (*Derecho Administrativo Alemán*, 1949, v. I, p. 185) e, por conseguinte, o Estado celebra contrato nos termos do direito privado. Porém, sempre que o Estado insere-se numa relação de direito público aplicam-se as regras de direito público e, pois, é inviável a celebração de contratos (*Derecho Administrativo Alemán*, 1949, v. I, p. 184 *et seq*). Nas palavras do autor: "En 'Arch f. öff. R', III, ps. 3 y ss., he tratado de demonstrar toda la importancia de esta diferencia: el contrato de servicio público, por lo mismo que pertenece al derecho público, no es y no puede ser un contrato en el sentido del derecho civil. G Meyer, que en el fondo está de acuerdo conmigo, subraya que sería lógico renunciar a la palabra 'contrato' (V*erw. R.*, p. 34, nota 8). Yo no me opongo. Se podrían inventar términos técnicos completamente lógicos, pero siempre existirían dificultades para introducirlos en nuestros usos. En efecto, el derecho público se inclina a tomar su terminología del derecho civil. Esto ya se hacía así en el derecho romano (véase sobre los así llamados 'contratos censorios', Heyrowsky, *Uber die rechtliche Grundlage der leges contractus*); el derecho francés conoce igualmente sus '*contratos administrativos*', que en realidad nada tienen de contrato". (*Derecho Administrativo Alemán*, 1949, v. I, p. 184, rodapé 3). Dessarte, da obra de Mayer se extrai que enquanto os chamados *contrats de l'administration* são os *contratos de direito privado*, os *contrats administratifs* são *atos administrativos unilaterais*. Na doutrina italiana Cesare Cammeo adota idêntica posição: "Ci si domanda se è possibile concepire tali rapporti ed altri analoghi come contratti di diritto pubblico fra una pubblica amministrazione e i privati. Ci basti osservare che non vi è nessun ostacolo in teoria a che si tratti di contratti, ma che nel diritto positivo essi si sono configurati come atti unilaterali, mentre la volontà del privato non è che un presupposto o una condizione a che l'atto della P. A. produca i suoi effetti, e l'atto in sè considerato è di per sè perfetto e valido". (*I Contratti della Pubblica Amministrazione*, 1937, p. 41). Maria João Estorninho, em sua dissertação de mestrado, critica essa conclusão (*Réquiem pelo Contrato Administrativo*, 1990, p. 41-59). Observa que para muitas das hipóteses de celebração, segundo a doutrina francesa, de contratos administrativos a doutrina alemã sempre admitiu a celebração de contratos privados. Otto Mayer ao buscar um exemplo de fácil reconhecimento do caráter privado da atuação estatal menciona a venda de mercadorias (*Derecho Administrativo Alemán*, 1949, p. 186), o que dá indício da procedência da crítica de Estorninho. Atualmente, a doutrina alemã afastou-se radicalmente da posição de Otto Mayer. Admite que, como regra, a Administração possa *escolher* entre a edição de um *ato administrativo unilateral* e a celebração de um *contrato administrativo*; os contratos celebrados pela Administração que não tenham objeto de ato administrativo unilateral são atualmente considerados pelos alemães *contratos de direito privado*. Por todos, v. Hartmut Maurer (*Direito Administrativo Geral*, 2006, p. 408 *et seq*.).

são regidos, em maior ou menor medida, pelo direito público.[17] Hely Lopes Meirelles é partidário da primeira posição;[18] Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e Celso Antônio Bandeira de Mello, da segunda;[19] Carlos Ari Sundfeld e Lúcia Valle Figueiredo, da terceira.[20] Este estudo, conforme antecipado, não pretende

[17] O autor que melhor representa essa concepção no direito estrangeiro é Allan-R. Brewer-Carías. Nas palavras do preclaro jurista: "A Administração, portanto, se bem que preponderantemente regulada pelo Direito Administrativo, na atualidade está submetida tanto ao Direito Público como ao Direito Privado e sua atividade, regida por ambos os ramos, será sempre uma atividade administrativa. Não há, na realidade, atividade privada da Administração. Assim como não existem atos privados da Administração, tampouco existem, claramente, contratos de direito privado da Administração. A atividade da Administração — e, em geral, a de todos os sujeitos de direito administrativo — está submetida a um regime preponderante de direito administrativo ou preponderante de direito privado, mas isto não autoriza a concluir que na primeira hipótese a atividade seja administrativa e, na segunda, seja privada". ("Evolução do Conceito de Contrato Administrativo". *Revista de Direito Público*, v. 51-52,1979, p. 13). Segundo esse entendimento todos os contratos firmados pela Administração são *contratos administrativos*; não existem contratos da Administração.

[18] *Direito Administrativo Brasileiro*, 1981, p. 190-191. A concepção francesa prevalece na doutrina brasileira. É também adotada, dentre outros, por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito Administrativo*, 1999, p. 237); Diogenes Gasparini (*Direito Administrativo*, 2004, p. 553); Edmir Netto de Araújo (*Curso de Direito Administrativo*, 2005, p. 614). O acolhimento da dicotomia não surpreende: a doutrina administrativista brasileira tende a copiar acriticamente a doutrina clássica francesa. Em síntese, a doutrina brasileira absolutamente majoritária adota a primeira posição exposta e admite a dicotomia "contratos da Administração", regidos pelo direito privado, e "contratos administrativos", regidos pelo direito público.

[19] O benemérito Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, após excelente estudo do tema na doutrina francesa e alemã, adotou a posição de Otto Mayer: "Daí a conclusão: inexiste contrato administrativo. Alguns atos administrativos são complementados por contratos sobre a equação econômico-financeira a eles pertencentes. Aliás, tal se dá tão-somente com a concessão de obra ou de serviço público. Os outros pretensos contratos administrativos não passam de contratos de direito privado, com regime especial, porque a lei assim dispõe e os administrados, ao perfazerem o acordo de vontades, aderiram aos seus dispositivos, que se tornaram cláusulas contratuais, ou as próprias partes, no ajuste, aquiesceram em lhe dar regime especial". ("Contrato de Direito Público ou Administrativo". *Revista de Direito Administrativo*, v. 88, 1967, p. 31; *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, 1969, p. 611-612). Esclarece-se: para o notável jurista os contratos firmados pela Administração são, nada mais, nada menos, contratos de direito privado, submetidos, contudo, a algumas regras especiais expressamente previstas; já os contratos de concessão de obra ou serviço público e de uso de bem público (*Da Licitação*, 1978, p. 21-22) não são contratos administrativos, mas atos administrativos unilaterais atrelados a um contrato adjeto ou complementar relativo à equação econômico-financeira. O augusto Celso Antônio Bandeira de Mello adotou integralmente essa posição (*Curso de Direito Administrativo*, 2006, X-13-18, p. 590-592). Em síntese, para a segunda concepção exposta não existem contratos administrativos, há contratos privados submetidos a certas regras especiais e atos unilaterais unidos a contratos privados adjetos ou complementares.

[20] Para Carlos Ari Sundfeld todos os contratos firmados pela Administração são administrativos, vale dizer, regidos pelo direito público: "Quaisquer contratos da Administração estão, em todas as etapas de sua vida, sujeitos à observância do regime do direito administrativo, donde a impropriedade (e o perigo) de definir uma parcela deles como privados. A doutrina, inclusive brasileira, já vem reconhecendo que, mesmo nos ditos contratos estatais privados, incidem regras de direito administrativo, especialmente no tocante às condições e formalidades para a contratação (como a definição da competência para celebrar o ajuste, a necessidade de licitação, etc.) e a seu controle (através do Tribunal de Contas, p. ex.), o que é correto. Mas ainda persiste a idéia de que seu conteúdo seria determinado pelo direito privado. Parece-nos falsa essa visão, eis que os princípios e regras de direito público, ao incidirem nos contratos comuns, acabam por construir um regime novo, tipicamente administrativo, também para seu conteúdo". (*Licitação e Contrato Administrativo*, 1994, p. 201). A posição é também adotada por

efetuar um inventário das posições existentes na doutrina brasileira, mas efetuar uma *análise crítica*. Antes de fixar o conceito de *contrato administrativo* e sua *classificação*, adotando ou não uma das posições existentes, fazem-se necessárias algumas considerações sobre a relação do direito administrativo com o direito privado, passo seguinte desta empreitada.

2.3 DIREITO ADMINISTRATIVO E DIREITO PRIVADO

O Direito Administrativo é recente: nasceu das decisões do Conselho de Estado Francês, instituído pelo art. 52 da Constituição Francesa de 15.12.1799.[21] A origem do direito privado está na antiguidade, sua base advém do direito romano. Diante dessa antecedência secular foi natural que o direito administrativo fosse pensado e construído tendo por base o direito privado. Quer dizer: levou-se em consideração para construção de novo ramo dogmático o ramo já existente, já desenvolvido há séculos.[22] Essa atitude natural, contudo, constitui uma das maiores, senão a maior, fonte de equívocos na compreensão do direito administrativo. Deveras, é possível identificar dois *vícios metodológicos*, quer dizer, vícios de *premissas teóricas*, decorrentes do apego dos doutrinadores ao direito privado.

O primeiro desses vícios é identificado muito claramente na doutrina de Otto Mayer. Para o memorável jurista a Administração Pública pode assumir dois papéis distintos: pode desenvolver uma atividade voltada para a satisfação de interesses públicos ou pode assumir a "situação de um empresário privado" e procurar seus "interesses econômicos".[23] Em relação ao segundo papel, Otto Mayer afirmou textualmente: *"Se dice que la administración pública no procura en este caso intereses públicos sino sus intereses privados".*[24] Designou o Estado de "*Administração Pública*" quando exerce o primeiro papel e de "*Administração Fiscal*" quando exerce o segundo, a primeira está submetida presumidamente ao *direito público*, a segunda está submetida presumidamente ao *direito*

Lúcia Valle Figueiredo: "Começo por questionar se pode haver contratos privados da Administração, ou melhor se dirá que existem, isto sim, contratos da Administração Pública. A Administração Pública, consoante entendemos, está, de qualquer forma, jungida ao regime de Direito Público, em muitos aspectos, ainda que o contrato seja dos que se submetem mais às normas de Direito Privado. [...] Existem – isto sim – Contratos da Administração Pública, ora sob maior influxo de regras de Direito Privado, ora sob maior influxo das regras de Direito Público. ("Contrato Administrativo: formalidades e requisitos" *Revista de Direito Público*, v. 90,1989, p. 131). A autora manteve esse posicionamento em sua tese de livre docência (*Extinção dos Contratos Administrativos*, 1998, p. 18-19). Enfim, segundo a terceira corrente exposta não existem contratos de direito privado celebrados pela Administração, todos os contratos celebrados pela Administração são de direito público.

[21] Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 2006, I-12, p. 39.

[22] A brilhante Maria Sylvia Zanella Di Pietro observou esse fenômeno em sua tese de livre docência: "E, com efeito, foi dentro do direito civil que se desenvolveu, durante muitos séculos, a ciência jurídica; desse modo, era a partir dele que se iam elaborando institutos pertinentes hoje a outros ramos". (*Do Direito Privado na Administração Pública*, 1989, p. 84).

[23] *Derecho Administrativo Alemán*, 1949, Tomo I, p. 188.

[24] *Derecho Administrativo Alemán*, 1949, Tomo I, p. 188.

privado.[25] A doutrina de Otto Mayer sintetiza o aqui chamado *primeiro vício metodológico*: supor que o Estado possa assumir a *situação jurídica de um particular* e, pois, submeter-se ao *regime de direito privado*.

O regime privado é baseado na *liberdade individual* e na *autonomia da vontade*, na assegurada possibilidade de busca de interesses egoísticos. Esse regime é incompatível com a natureza do Estado.[26] Por definição, o Estado é um ente instrumental, existe para o cumprimento de uma *função*, vale dizer, para a busca do *bem comum*, para a concretização do interesse público.[27] O Estado jamais, e não há exceção a essa assertiva, pode buscar a realização de *interesses privados*, só pode buscar o interesse público, pleonasticamente, para fins didáticos, qualificado como primário. Enfim: mesmo quando se submete às regras de direito privado, mesmo quando se aproxima da situação de proprietário, de empresário, de comerciante, o Estado não se apresenta como Administração Fiscal, mas como Administração Pública. Enfatiza-se: jamais se afasta do *regime de direito público*, mesmo quando se submete às regras de direito privado. Submeter-se a um regime consiste em se submeter a determinados princípios fundamentais. É possível se submeter a regras de direito civil, trabalhista, comercial sem se afastar do *regime de direito administrativo*. Administração Pública e regime de direito privado são expressões inconciliáveis.[28]

O *segundo vício metodológico* é mais grave do que o primeiro. A maioria dos juristas pensa o direito público a partir do direito privado. Considera a teoria geral do direito privado uma verdadeira *teoria geral do direito*. Apenas para dar alguns exemplos: busca-se o conceito de *ato administrativo* no conceito de *ato jurídico privado* ou, pior, no de *negócio jurídico*; examina-se a *relação jurídica administrativa* à luz da *relação jurídica obrigacional* do direito privado; examinam-se os vícios de vontade a partir da teoria dos vícios de vontade positivada no Código Civil; examina-se a responsabilidade pelas infrações administrativas à luz da responsabilidade obrigacional positivada no Código Civil; examinam-se a aquisição e perda de propriedade pela

[25] *Derecho Administrativo Alemán*, 1949, Tomo I, p. 189-190.

[26] A Administração Pública não goza de *autonomia privada*. Alguns doutrinadores buscaram exaustivamente uma associação dos conceitos. José Manuel Sérvulo Correia propôs a expressão *autonomia pública* para designar um suposto espaço de liberdade administrativa (*Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, 2003, p. 469 *et seq*.). Incidiu no equívoco comum mencionado acima: não existe, por mais que alguns queiram que exista, *espaço de liberdade administrativa* similar ao *espaço de liberdade privada*. A Administração não é *livre para decidir*, pode, quando muito, *ser livre para escolher*. A possibilidade de escolha entre duas ou mais alternativas igualmente admitidas pelo Direito, quer dizer, a *discricionariedade*, nada tem a ver com a *autonomia privada*. A "escolha" da Administração sempre deve buscar a melhor forma de concretizar o interesse público e deve atentar para todas as *regras* e, principalmente, para todos os *princípios* jurídicos existentes no sistema. Não há "campos livres de atuação", não há, enfim, "autonomia". Sobre o tema é indispensável a leitura de Celso Antônio Bandeira de Mello (*Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 1996, p. 32 *et seq*.).

[27] Sobre o tema vide nosso "Função Administrativa I". *Revista Trimestral de Direito Público*, 2003, p. 180-182.

[28] Cf. nosso "Função Administrativa II". *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 42, p. 236-238.

Administração Pública à luz da aquisição e perda da propriedade privada. Trata-se de um vício terrível: os juristas pensam o direito administrativo a partir do direito privado e, assim, estendem ao direito público conceitos sintetizadores de um regime absolutamente estranho a ele. Os conceitos desenvolvidos pelos privatistas foram-no tendo em vista o regime de direito privado e, por isso, nem sempre são adequados para o direito público.[29]

O estudo doutrinário dos chamados "contratos administrativos" revela esses dois vícios metodológicos. A doutrina assumiu um conceito privado, desenvolvido para o direito privado com fundamento na autonomia privada, como um conceito próprio da teoria geral do direito, adequado tanto para o direito privado como para o direito administrativo — incidiu no segundo vício mencionado. Além disso, supôs que em determinadas situações a Administração poderia não buscar a concretização de interesse público e, assim, poderia afastar-se do regime de direito público; considerou que a Administração Pública poderia assumir a situação jurídica de um particular, submeter-se ao regime de direito privado e, pois, celebrar contratos privados — incidiu no primeiro vício mencionado. A teoria dos contratos administrativos é, por isso, duplamente viciada: não existem "*contratos privados* da Administração", mas também não existem "*contratos administrativos*". Rejeitam-se, assim, em maior ou menor medida, as três posições doutrinárias dantes enunciadas. Considerado o significado da palavra "contrato" no direito privado, rigorosamente, a Administração não celebra "contratos", pois os conceitos desenvolvidos pelos civilistas são inadequados para o direito público, e jamais a Administração se submete ao regime de direito privado, quando muito se submete a regras de direito privado.

[29] Maria Sylvia Zanella Di Pietro tratou do assunto em sua tese de livre-docência — trabalho, aliás, de obrigatória leitura: "É interessante observar que houve também uma tendência oposta a essa da transposição; enquanto essa revela um apego excessivo ao direito civil, a outra resulta da intenção de imprimir autonomia total ao direito administrativo, negando, por exemplo, que a propriedade pública seja propriedade, que o contrato administrativo seja realmente um contrato, que o direito real administrativo seja realmente um direito real. Ignora-se a noção categorial desses institutos. Enquanto, na transposição, considera-se que é no direito civil que se encontra a noção geral dos institutos, a partir da qual se constroem os institutos paralelos dos outros ramos do direito, a outra orientação, preocupada com a autonomia integral do direito administrativo em relação ao civil, desconsidera a existência de uma noção geral – a categoria jurídica – definida pela teoria geral do direito, sem comprometimento com qualquer das duas grandes ramificações em que se bifurca a ciência jurídica". (*Do Direito Privado na Administração Pública*, 1989, p. 85). Sem desprestigiar a notável jurista, questiona-se, parcialmente, sua orientação. Conforme ela própria reconhece, muitas das categorias da "teoria geral do direito" desenvolveram-se a partir do direito privado, essas categorias foram construídas à luz do regime privado. Seria salutar que, de fato, as *categorias* da teoria geral prestassem-se a todos os ramos do direito. Fato é, porém, que elas possuem esse "vício de origem". Por isso, "extrair dessas categorias os traços próprios do direito privado" implica verdadeira *reformulação da própria categoria*. O "contrato" é um exemplo típico: foi desenvolvido à luz do direito privado, torná-lo uma verdadeira categoria geral importa em *recriar* o conceito. Faz-se necessária a construção de uma *teoria geral do direito* adequada ao direito público. Concorda-se com a autora quando ela propugna pelo estudo do direito administrativo a partir das "categorias gerais", mas estas, porém, por causa do vício de origem mencionado, precisam ser reformuladas ou repensadas.

2.4 CONCEITO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO

É possível fugir desses vícios metodológicos. Para tanto, deve-se estudar o tema dos contratos administrativos à luz da *teoria dos atos administrativos*. Trata-se da teoria do direito administrativo que mais se afastou dos equívocos mencionados. Basta lembrar que Celso Antônio Bandeira de Mello, pináculo do direito público brasileiro, percebeu a imprestabilidade dos conceitos de ato e fato jurídicos desenvolvidos na seara do direito privado e enunciou conceitos apropriados para o regime administrativo,[30] desenvolveu teoria dos vícios do ato administrativo acentuadamente diferente das teorias expostas nos manuais de direito privado,[31] desenvolveu teoria da correção dos vícios também profundamente diferente das teorias apresentadas pelos civilistas.[32] Por isso, afirma-se: ao desenvolver a teoria dos atos administrativos os publicistas superaram os vícios metodológicos decorrentes do apego ao direito privado.

Considerando-se o papel da *vontade* dos particulares, os atos administrativos podem ser divididos em *três grupos*. Para uma série de atos administrativos a vontade dos particulares é *irrelevante* tanto em relação à eficácia como em relação à validade — esses atos administrativos são simplesmente chamados de *atos administrativos unilaterais*. A vontade do particular pode, porém, ser *condição de eficácia* ou ser *condição de validade* do ato administrativo — esses atos são chamados de *atos administrativos condicionados à manifestação do administrado*.[33] Nesses dois grupos, o *conteúdo* do ato é integralmente ditado pela Administração Pública, ou seja, a *vontade dos particulares* não é *relevante* para a configuração do conteúdo do ato.[34] No segundo grupo, dos atos condicionados à manifestação de vontade do administrado, há que se distinguir se a vontade é condição de validade ou de eficácia. Se for condição de validade, o sistema normativo veda a edição do ato sem o prévio *assentimento* do particular; se o ato for editado à revelia deste, ele será inválido, a invalidade deve ser sanada ou, se impossível a

---

[30] *Curso de Direito Administrativo*, 2006, p. 353-355.
[31] *Curso de Direito Administrativo*, 2006, p. 377-393.
[32] *Curso de Direito Administrativo*, 2006, p. 438-462. A solução ora proposta também se encontra na obra de Celso Antônio Bandeira de Mello. O jurista apresenta dois conceitos de ato administrativo: o *conceito amplo*, abrangente dos atos gerais e abstratos e dos atos convencionais, vale dizer, dos regulamentos e dos contratos administrativos, e o *conceito estrito*, restrito aos atos concretos e unilaterais (*Curso de Direito Administrativo*, 2006, VII-17-18, p. 367-368). Adota-se, neste trabalho, o *conceito amplo* proposto pelo magno doutrinador.
[33] Sobre o tema há dois trabalhos importantes: o primeiro denominado "A Vontade Privada na Formação ou na Eficácia do Ato Administrativo" de Lafayette Pondé (*Revista de Direito Administrativo*, v. 63, p. 16-29, 1961; *Estudos de Direito Administrativo*, p. 117-130, 1995); o segundo denominado "Atos Jurídicos de Direito Administrativo Praticados por Particulares e Direitos Formativos" de Almiro do Couto e Silva (*Revista de Direito Administrativo*, v. 95, p. 19-37, 1969).
[34] Isso não significa que os particulares não têm direito de influenciar a Administração para que decida em determinado sentido, vale dizer, para que o ato unilateral possua determinado *conteúdo*. Essa influência é garantida pelo *processo administrativo*, ele é um meio de garantir a participação dos administrados na edição de atos administrativos, nestes incluídos os *unilaterais*. Sobre o tema, vide nosso "O Conceito Científico de Processo Administrativo" (*Revista de Direito Administrativo*, v. 235, 2004, p. 347-349).

sanatória, o ato deve ser retirado pela invalidação. Se for condição de eficácia, o sistema normativo não exige a aquiescência para a edição do ato e, assim, o ato editado à revelia do particular é válido, mas ineficaz; se o particular não assentir, o ato deixa o ordenamento jurídico pelo advento de condição resolutiva.[35]

O terceiro grupo é o que mais interessa ao presente estudo. Há atos administrativos cujo conteúdo não depende apenas da manifestação de um *ente administrativo*, não são, assim, *unilaterais*. O *conteúdo* (e não a validade ou a eficácia) depende da manifestação ou de dois (ou mais) entes administrativos ou de um ente administrativo e um administrado. O conteúdo do ato é, pois, fruto de duas manifestações; o ato administrativo é *bilateral*. Distinguem-se dois grupos de *atos administrativos bilaterais*: há atos em que as partes possuem interesses contrapostos (*v. g*., o administrado pretende satisfazer seu interesse pecuniário, a Administração pretende concretizar o interesse público) e há atos em que as partes possuem o mesmo interesse. Os chamados *contratos administrativos em sentido estrito* são atos administrativos bilaterais do primeiro grupo; os chamados *convênios administrativos* e os *consórcios administrativos* são atos administrativos bilaterais (ou plurilaterais) do segundo grupo.

Antes de examinar essa classificação, deve-se distinguir: nos regimes democráticos, para a edição do ato administrativo unilateral, quer dizer, do ato administrativo cujo conteúdo é ditado pela manifestação unilateral de um ente administrativo, como regra geral, a Administração Pública deve garantir aos administrados o direito de participar das decisões administrativas, ou seja, o direito de influenciar a decisão sobre a edição do ato unilateral.[36] Não é essa a participação exigida nos atos bilaterais. Não é uma influência para que se decida em determinado sentido, é uma participação na elaboração do conteúdo da norma administrativa editada. Dessarte, o direito de participação no processo administrativo e, pois, o exercício do ônus de trazer elementos probatórios e argumentos, não faz, por si, do ato administrativo final um ato bilateral. Nestes, o sistema normativo exige participação de mais de uma pessoa — de dois entes administrativos ou de um ente administrativo e de um administrado — na elaboração do conteúdo do ato. A edição é, pois, *conjunta*.

---

[35] Não se considera a renúncia um *ato de retirada*, mas uma *condição resolutiva*. O ato administrativo com eficácia condicionada ao assentimento do administrado não é, com a falta de assentimento, retirado do sistema normativo pela edição de um ato de retirada. Trata-se de *auto-retirada*. Uma norma jurídica pode ser retirada do mundo jurídico por meio de dois mecanismos: 1) pela edição de outro ato (ato de retirada, como o ato de invalidação, de revogação); 2) pela auto-retirada, a norma considera-se retirada do mundo jurídico sem a necessidade de edição de um ato de retirada (*v.g*., cumprimento de seus efeitos, implemento de condição resolutiva). Pois bem, a renúncia consiste no implemento de condição resolutiva e não num ato de retirada.

[36] Vide nosso "O Conceito Científico de Processo Administrativo". *Revista de Direito Administrativo*, v. 235, 2004, p. 347-349.

Feita essa advertência, há que se indagar sobre a expressão *contrato administrativo*. Diante do exposto, ela é fruto de um *vício metodológico*: conceitos próprios do direito privado, de origem secular, foram considerados pertinentes à teoria geral do direito e, por isso, aplicáveis tanto ao direito privado como ao direito público. Esse vício gera conseqüências graves: ao examinar relações próprias do direito público, em que está presente a Administração Pública, os juristas aplicam integral ou parcialmente o regime de direito privado. Antes de buscar no regime de direito público as soluções jurídicas relativas às situações públicas, buscam-se as soluções nas regras de direito privado. Para evitar esses equívocos deve-se ter presente que o chamado *contrato administrativo* é um instituto do *direito público*, trata-se, na verdade, da denominação dada aos *atos administrativos bilaterais*.

Melhor seria se o signo contrato não fosse utilizado na seara do direito administrativo. Realidades distintas devem receber denominações distintas.[37] Porém, não há como ignorar os efeitos do *uso reiterado do signo*, da *tradição lingüística*.[38] A expressão "contrato administrativo" está consagrada pela tradição e seria luta inglória pretender bani-la do léxico da disciplina. Assim, resta render-se, apesar da *ambigüidade*, à manutenção do signo e enfatizar: ele não se refere aos contratos privados, não se atrela à teoria dos

[37] Calha à fiveleta a observação de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre a expressão "contratos administrativos": "As palavras são meros rótulos que sobremos às coisas. Seria desejável que às realidades distintas fossem dadas titulações diferentes, para evitar confusões e extrapolações indevidas, como ocorre no caso. Seria preferível evitar terminologia que afilia à matriz contratual alguns destes vínculos cuja índole não se compatibiliza com a ascendência que se lhes quer inculcar. Entretanto, parecem fadados ao insucesso quaisquer esforços para demonstrar a inconveniência desta rotulação". (2006, X-18, p. 592).

[38] Ferdinand de Saussure bem explica a *tradição lingüística*, em passagem cuja importância merece transcrição integral:

"A resistência da inércia coletiva a toda renovação lingüística. A língua – e esta consideração sobreleva todas as demais – é, a cada momento, tarefa de toda a gente; difundida por u'a massa e manejada por ela, é algo de que todos os indivíduos se servem o dia inteiro. Nesse particular, não se pode estabelecer comparação alguma entre ela e as outras instituições. As prescrições de um código, os ritos de uma religião, os sinais marítimos etc., não ocupam mais que certo número de indivíduos por vez e durante tempo limitado; da língua, ao contrário, cada qual participa a todo instante e é por isso que ela sofre sem cessar a influência de todos. Esse fato capital basta para demonstrar a impossibilidade de uma revolução. A língua, de todas as instituições sociais, é a que oferece menos oportunidades às iniciativas. A língua forma um todo com a vida da massa social e esta, sendo naturalmente inerte, aparece antes de tudo como um fator de conservação.

"Não basta, todavia, dizer que a língua é um produto de forças sociais para que se veja claramente que não é livre; a par de lembrar que constitui sempre herança de uma época precedente, deve-se acrescentar que essas forças sociais atuam em função do tempo. Se a língua tem um caráter de fixidez, não é somente porque está ligada ao peso da coletividade, mas também porque está situada no tempo. Ambos os fatos são inseparáveis. A todo instante, a solidariedade com o passado põe em xeque a liberdade de escolher. Dizemos *homem* e *cachorro* porque antes de nós se disse *homem* e *cachorro*. Isso não impede que exista no fenômeno total um vínculo entre esses dois fatores antinômicos: a convenção arbitrária, em virtude da qual a escolha se faz livre, e o tempo, graças ao qual a escolha se acha fixada. Justamente porque o signo é arbitrário, não conhece outra lei senão a da tradição, e é por basear-se na tradição que pode ser arbitrário". (*Curso de Lingüística Geral*, 2002, p. 88).

Por causa da *tradição lingüística*, muitas vezes é preferível insistir na fixação do significado de um signo do que pretender bani-lo.

contratos do direito privado, é, tão somente, um rótulo, uma denominação atribuída aos *atos administrativos bilaterais*.

2.5 CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Contrato administrativo é, pois, a denominação dada a todo ato administrativo bilateral, entendido como ato cujo conteúdo seja fruto da manifestação de dois entes, sendo ao menos um deles um ente administrativo. Fixado o conceito, retoma-se a classificação dantes esboçada. Primeiramente, diferenciam-se dois grupos de *atos bilaterais*: os *contratos de interesses comuns* e os *contratos de interesses contrapostos*. Nos primeiros, todos os entes contratantes buscam o mesmo objeto; ainda que haja várias prestações distribuídas entre os contratantes, estes pretendem obter a realização do mesmo objeto contratual. O exemplo clássico é a construção de uma ponte, desejada por uma empresa privada e pela Administração Pública: a empresa busca a concretização de seus interesses privados, o transporte de sua produção; a Administração busca a concretização do interesse público; mas ambas desejam a construção da ponte.

Há dois tipos de contratos bilaterais de interesses comuns: os *convênios* e os *consórcios*. Hely Lopes Meirelles distinguiu convênios de consórcios administrativos pelo aspecto *subjetivo*: convênios são *acordos* firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesses comuns; consórcios são acordos firmados por entidades estatais da mesma espécie.[39] Para parte da doutrina, por força do art. 241 da CF/88, introduzido pela Emenda Constitucional n. 19, essa distinção tornou-se imprestável. Floriano de Azevedo Marques Neto, por exemplo, propôs outro critério de diferenciação: no convênio estabelece-se uma relação de cooperação em que um ente fornece meios para que outro exerça suas competências, não havendo para tanto necessidade de instituição de um novo ente; nos consórcios há uma soma de esforços perante o qual os consorciados passam a exercer suas competências por meio do consórcio e, assim, há necessidade de instituição de novo ente.[40] Tudo indica que essa distinção foi acolhida pela Lei Federal n. 11.107/05. Diverge a doutrina sobre a natureza contratual desses acordos.[41] Sem razão:

---

[39] *Direito Administrativo Brasileiro*, 1981, p. 376-378.

[40] "Os Consórcios Públicos". *Revista de Direito do Estado*, v. 2, 2006, p. 302.

[41] Hely Lopes Meirelles era enfático na natureza não-contratual dessas avenças (*Direito Administrativo Brasileiro*, 1981, 376-378). Seguia a doutrina civilista que considera elemento essencial do contrato a existência de interesses contrapostos. Nesse sentido, afirma Orlando Gomes: "A característica mais incisiva do contrato, na acepção clássica da palavra cristalizada na tradição romana, reside na circunstância de ser um meio para a composição de interesses contrapostos. Segundo a orientação privatista, dominante ainda hoje, o *contrato* é um instrumento destinado a resolver interesses em conflito, pretensões em luta. Na sua formação, defrontam-se *partes* que, constituídas por sujeitos singulares ou plurais, visam à satisfação do interesse diverso de cada qual, se lhe estrutura a vontade. Ocorre, também, que, ao lado desses negócios, outros se constituem, nos quais os distintos interesses das partes convergem para fim comum. Tais negócios não devem ser inseridos na categoria do contrato, por isso que,

são atos administrativos cujo conteúdo depende do acordo entre dois ou mais entes; ajustam-se, assim, perfeitamente ao conceito proposto.

Nos contratos de interesses contrapostos as partes têm pretensões distintas, o contrato possui, propriamente, dois objetos, um relativo à prestação de uma parte, outro relativo à prestação da outra. Quase sempre, nos contratos administrativos contrapostos celebrados entre a Administração e um particular, este pretende obter um pagamento pecuniário. Em geral, quando a doutrina trata dos *contratos administrativos*, refere-se justamente a esses ajustes — contratos de interesses contrapostos celebrados entre Administração e particular em que este pretende obter um pagamento pecuniário. Nada impede, porém, a celebração de contratos de interesses contrapostos entre dois entes administrativos ou entre dois Estados soberanos; ademais, nada impede que a pretensão do particular não seja a obtenção de um pagamento pecuniário, mas, por exemplo, a obtenção de uma autorização para exercer determinada atividade. Como há signos próprios para as espécies de contratos administrativos de interesses comuns — convênios e consórcios — é útil distinguir os *contratos administrativos em sentido amplo*, classe abrangente de ambos os tipos, dos *contratos administrativos em sentido estrito*, classe restrita aos contratos administrativos de interesses contrapostos.

Os contratos administrativos de interesses contrapostos ou contratos administrativos em sentido estrito admitem outra relevante classificação. A Administração, para certos objetos contratuais, entenda-se, para determinadas prestações exigidas do outro contratante, pode valer-se das *formas contratuais do direito privado*. Noutros termos, pode celebrar um ajuste sob o crivo das *regras* de direito privado. Não há que confundir: todo ajuste celebrado pela Administração rege-se pelo regime de direito público, funda-se sobre os dois princípios fundamentais da *superioridade do interesse público sobre o privado* e da *indisponibilidade do interesse público*.[42] Mas o direito positivo admite que para certos objetos contratuais o ajuste seja parcialmente submetido às *regras* de direito privado.[43] Eis a classificação: há *contratos administrativos* sujeitos

---

neles, a declaração de vontade das partes tem por fim a satisfação de *interesses paralelos*, e não de *interesses contrapostos*". (*Contratos*, 1997, p. 391). Apesar da difundida orientação civilista, nada impede que o signo "contrato" seja utilizado para se reportar tanto aos ajustes de interesses paralelos como aos ajustes de interesses contrapostos. Isso porque, conforme exaustivamente afirmado, no direito público esse signo não se reporta à "orientação privatista" nem à "orientação clássica da palavra cristalizada na tradição romana"; é apenas rótulo dos chamados *atos administrativos bilaterais*, vale dizer, denominação dos atos administrativos dependentes de acordo entre duas ou mais pessoas sobre parte do *conteúdo*. Por isso, consideram-se os *convênios* e os *consórcios* espécies de *contratos administrativos*, são veículos introdutores de normas administrativas bilaterais. Celso Antônio Bandeira de Mello segue essa orientação (*Curso de Direito Administrativo*, 2006, X-80, p. 635).

[42] Sobre o regime de direito público vide: Bandeira de Mello, Celso Antônio. "O Conteúdo do Regime Jurídico-Administrativo e seu Valor Metodológico", *Revista de Direito Público*, v. 2, p. 44-61, 1967; *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*, 1968, p. 292-318; *Curso de Direito Administrativo*, 2006, I-24-89, p. 51-91.

[43] Determina o art. 62, § 3º., da Lei Federal 8.666/93: "Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber: I - aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado; II - aos contratos em que a

exclusivamente a *regras de direito público* e há *contratos administrativos* sujeitos também a *regras de direito privado*.

3. REGIME JURÍDICO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Fixado o conceito de contrato administrativo, apresentadas as classificações consideradas pertinentes a uma teoria geral, passa-se ao exame dos aspectos principais da teoria geral do *regime* dos contratos administrativos. Esses aspectos podem ser restringidos a três temas fundamentais: a extinção unilateral, a alteração unilateral e a intangibilidade da equação econômico-financeira. Para compreensão desses temas é necessário enunciar conceitos elementares da teoria dos atos administrativos, como *discricionariedade*, *revogação*, *invalidade*. É o que se fará a seguir.

3.1. CONCEITOS ELEMENTARES DA TEORIA DO ATO ADMINISTRATIVO

A advertência de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello faz-se sempre presente: *"Na exposição de qualquer doutrina, parte-se de certos postulados e, apesar de serem suscetíveis de prova, esta deve ser tomada como já feita, sendo tais postulados, no momento, recebidos como axiomas".*[44] Os conceitos fundamentais fixados nesta exposição mereceriam monografias específicas, mas por exigência epistemológica, para exposição da teoria geral dos contratos administrativos, são aqui apenas enunciados e tomados como axiomas.

O primeiro conceito fundamental é o de *ato administrativo*: é o nome dado ao *veículo introdutor* de toda *norma administrativa*. Por *metonímia*, chama-se de ato administrativo tanto o veículo introdutor, como a norma introduzida.[45] O ato administrativo é chamado de ato *vinculado* quando fruto do exercício de competência vinculada e de discricionário quando fruto do exercício de competência discricionária. Para entender a *discricionariedade administrativa* é de grande utilidade uma figura de pensamento chamada prosopopéia ou personificação, consistente em pensar seres inanimados como se fossem humanos, atribuindo-lhes linguagem, sentimentos e ações típicas

---

Administração for parte como usuária de serviço público". Os arts. 55 e 58 a 61 veiculam regras disciplinadoras dos contratos administrativos integralmente submetidos às regras de direito administrativo. Ora, como todos os contratos celebrados pela Administração estão submetidos ao *regime de direito público*, incluídos os regidos por *regras de direito privado*, acertou o legislador ao estender a estes as regras de direito público. O tema será aclarado a seguir, quando da exposição da *teoria geral do regime dos contratos administrativos*.

[44] *Natureza Jurídica do Estado Federal*, 1948, p. 19.

[45] Sobre esse conceito, vide nosso "Função Administrativa I", *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 41, 2003, p. 197-198 e "Função Administrativa II", *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 42, 2003, p. 234-236.

dos seres humanos.[46] Pois bem, por meio dessa figura pode-se pensar o ordenamento jurídico, o sistema normativo, como portador de uma *vontade* — uma vontade objetivada no conjunto de normas postas, regras e princípios jurídicos, analisadas sistemicamente. Sempre que o sistema normativo (conjunto de regras e princípios jurídicos) admitir apenas uma solução, há vinculação; sempre que o sistema normativo admitir duas ou mais soluções, há discricionariedade. No primeiro caso, o agente público deve limitar-se a adotar a solução imposta pelo sistema. No segundo caso, o Direito imputa ao agente competente a escolha entre as duas ou mais soluções possíveis, ou seja, determina ao agente competente a escolha da alternativa que segundo seu juízo é a que melhor concretiza ao interesse público. *Discricionariedade administrativa* é, pois, o nome dado à situação em que, em face da existência de duas ou mais soluções igualmente admitidas pelo Direito, a escolha é privativamente imputada ao agente competente, este deve escolher a alternativa que segundo seus critérios, seus valores, melhor atenda ao interesse público.

Pode ocorrer uma desconformidade do ato editado com a vontade do sistema normativo. O ato pode, por exemplo, ser editado por agente incompetente, não concretizar o princípio exigido pelo sistema normativo, concretizar o princípio exigido por meio diverso do exigido, não possuir a forma exigida, etc. Em todos esses casos haverá desconformidade do ato com as exigências normativas. Na maioria dos casos de desconformidade, o Direito exige que, no momento imediatamente posterior à publicidade do ato, esta seja *corrigida*; em alguns casos, o sistema releva a desconformidade, e toma o ato como se fosse regular. Na primeira hipótese, o ato é considerado *inválido*; na segunda, o ato é considerado *irregular*. Pois bem, *invalidade do ato administrativo* é o nome dado à situação em que, diante da desconformidade do ato com as exigências normativas, o sistema exige, no momento imediatamente posterior à publicidade, a correção do vício. A invalidade pode ser *inicial*, se a desconformidade do ato com as exigências do sistema normativo é contemporânea à publicidade do ato, ou *superveniente*, se é posterior.[47] Observa-se, porém, que no caso de invalidade superveniente o sistema não exige a correção do ato no momento imediatamente posterior à publicidade, mas sim no momento imediatamente posterior à configuração da desconformidade do ato com o Direito.

O ato administrativo é, então, *norma jurídica*. Uma norma sai do mundo jurídico basicamente em duas hipóteses: quando outra norma retira-a; quando ela própria se retira do mundo jurídico. Seguindo a doutrina de Celso

[46] O conceito é de Hélio de Seixas Guimarães e Ana Cecília Lessa (*Figuras de Linguagem*: teoria e prática, 1988, p. 54).

[47] Admitem a *invalidade superveniente*, dentre outros: Santi Romano (*Osservazioni sulla Invalidità Successiva degli Atti Amministrativi*, 1990), Oreste Ranelletti (*Teoria degli Atti Amministrativi Speciali*, 1945, §§ 85-88, p. 104-108); Umberto Fragola (*Gli Atti Amministrativi*, 1952, p. 136-141), Aldo M. Sandulli (*Manuale di Diritto Amministrativo*, 1952, §136, p. 226), Costantino Mortati (*Istituzioni di Diritto Pubblico*, 1952, p. 196) e Giovanni Miele (*Principî di Diritto Amministrativo*, 1945, p. 202).

Antônio Bandeira de Mello[48] o ato administrativo eficaz é *retirado* do mundo jurídico por: retirada (invalidação, revogação, cassação, caducidade, contraposição); desaparecimento de seu sujeito ou objeto; cumprimento de seus efeitos (esgotamento do conteúdo jurídico; execução material, implemento de condição resolutiva ou termo final). No primeiro caso ocorre a *retirada por outra norma*, nos demais há *auto-retirada*. Interessa para os fins deste estudo examinar sumariamente quatro hipóteses de retirada por outra norma: a revogação, a invalidação, a cassação e a caducidade.

Revogação é o nome dado à edição do ato de retirada fundamentado na inconveniência e na inoportunidade do ato retirado. O ato administrativo retirado do mundo jurídico pela revogação é válido, quer dizer, não é dotado de invalidade *original* ou *superveniente*, não contraria as exigências normativas. Em certos casos de discricionariedade — de escolha pelo agente competente entre duas ou mais alternativas igualmente admitidas pelo Direito —, admite-se a *revisão da escolha*, ou seja, uma nova decisão a respeito de qual das alternativas melhor atende ao interesse público. Esse *reexame* da decisão pode ser facultado ao próprio agente que editou o ato ou a outro agente. Percebe-se, portanto, que a *revogação* é restrita ao campo da discricionariedade, é a retirada de atos administrativos válidos, não maculados de invalidade original ou superveniente, mas que, por força de uma *nova apreciação*, foram considerados inconvenientes ou inoportunos, quer dizer, deixaram de ser considerados, na nova apreciação, a melhor maneira de concretizar o interesse público.[49]

Invalidação é o nome dado à edição do ato de retirada fundamentado na *invalidade original* do ato retirado. *Cassação* e *caducidade* ou *decaimento* são nomes dados à edição de atos de retirada fundamentados na *invalidade superveniente* do ato retirado. Em muitos casos, o Direito condiciona a permanência de um ato no sistema jurídico à obediência de certas exigências pelo administrado. Podem ser exigências *de estado* (que ele tenha discernimento mental completo, que ele possua nacionalidade ou capacidade eleitoral ativa, que ele permaneça inscrito em determinado órgão profissional) ou *de conduta* (que ele cumpra certas obrigações de dar, fazer ou não-fazer). O administrado atendia às exigências quando da edição do ato administrativo, mas, posteriormente, foi acometido por grava doença mental, perdeu a nacionalidade ou a capacidade eleitoral ativa, teve sua inscrição cancelada ou cassada. O desatendimento às exigências normativas relativas ao administrado,[50] exigidas para a manutenção do ato no sistema, importa na edição do ato de *cassação*: trata-se de uma *invalidade* (entendida como

[48] *Curso de Direito Administrativo*, 2006, VII-107, p. 424-425.
[49] Sobre a revogação, vide a excelente monografia de Daniele Coutinho Talamini (*Revogação dos Atos Administrativos*, 2002). Eis o conceito proposto pela autora: "revogação é uma forma de extinção dos atos administrativos, praticada no exercício da competência discricionária, que visa a suprimir sem retroatividade a eficácia de determinado ato que produz ou está prestes a produzir efeitos inconvenientes e inoportunos". (*Revogação dos Atos Administrativos*, 2002, p. 217).
[50] É incorreto associar a cassação exclusivamente ao *inadimplemento*. Este é o nome dado ao descumprimento das *exigências de conduta*. A cassação pode decorrer do desatendimento às *exigências de pessoa* ou de *estado*.

desconformidade do ato com o sistema normativo) *superveniente*, pois o sistema normativo exige a obediência pelo administrado de certas exigências que foram, após a edição do ato, desatendidas. Quando a invalidade superveniente não decorre do desatendimento pelo administrado das condições impostas a ele, mas da alteração das *circunstâncias fáticas* (mudança das condições do meio ambiente, início de uma guerra, celebração da paz, por exemplo) ou *jurídicas* (promulgação de nova lei ou emenda constitucional), a retirada do ato é chamada de *caducidade* ou *decaimento*.

A retirada do ato pela *invalidação*, pela *cassação* ou pela *caducidade* ou *decaimento* é apenas uma das formas possíveis de *correção* do ato administrativo inválido. Este pode ser corrigido pela *sanatória*, também chamada de *sanamento*, parcial ou total dos *efeitos jurídicos* do ato inválido. Existem *três* formas de sanatória dos vícios do ato administrativo: a *redução* ou *reforma*, a *conversão* e a *convalidação*. A redução ou reforma é a denominação dada à edição de um ato administrativo de retirada do ato inválido que toma para si *parte* dos efeitos produzidos por ele e tem por conteúdo parte do conteúdo do ato retirado, trata-se de uma *invalidação parcial* ou de um aproveitamento parcial dos efeitos. A convalidação é o nome dado à edição de um ato de retirada do ato inválido que toma para si todos os efeitos produzidos por ele e possui conteúdo idêntico ao do ato retirado. A *conversão* é o nome dado à edição de um ato de retirada do ato inválido que toma para si parte dos efeitos produzidos por ele, mas possui conteúdo diverso do conteúdo do ato retirado. Trata-se de três atos de retirada que tomam como seus, parcial ou totalmente, os efeitos produzidos pelo ato retirado. Admite-se, hoje, além disso, que a retirada pela invalidação, cassação e caducidade ou decaimento seja *irretroativa* ou *parcialmente retroativa*. A *correção* do ato inválido exige a *ponderação das circunstâncias fáticas e jurídicas*: a apuração dos princípios e regras incidentes, a apuração do peso de cada norma incidente, o balanceamento desses pesos. É a *ponderação* que indica se o ato inválido deve ser invalidado, retroativa ou irretroativamente, convertido, reduzido, convalidado.[51]

Esses conceitos-chave da teoria dos atos administrativos, o próprio conceito de ato administrativo, a discricionariedade e a vinculação, a invalidade, a revogação, a invalidação, a cassação, a caducidade ou decaimento, a convalidação, a redução ou reforma e a conversão, foram apresentados porque são indispensáveis para compreensão dos aspectos gerais da teoria dos contratos administrativos. Expostos, a vôo de águia, esses conceitos, podem-se, finalmente, examinar os três temas propostos — a alteração unilateral, a extinção unilateral e a intangibilidade da equação econômico-financeira.

[51] Sobre o tema vide nosso: “Efeitos dos Vícios do Ato Administrativo”, 2007.

3.2 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E REVOGAÇÃO

Celso Antônio Bandeira de Mello, em opúsculo sobre o direito adquirido, trabalho de obrigatória leitura, essencial para compreensão do assunto, observa que o direito adquirido é da própria índole dos *contratos*, faz parte de sua essência.[52] Os *contratos* propriamente ditos, vale dizer, os contratos de *direito privado* são, de fato, como regra geral, indissociáveis do *direito adquirido*. Tanto é verdade que a *rescisão do contrato* por uma das partes importa não só na indenização à outra dos *danos emergentes*, mas também dos *lucros cessantes*. O particular, como regra geral, tem *direito adquirido* à manutenção do vínculo.[53] Nos contratos administrativos não existe esse *direito adquirido*: conforme explicado adiante, presentes certos condicionantes, o sistema admite a rescisão unilateral do vínculo pela Administração. A rescisão unilateral válida não obriga a Administração a pagar os lucros cessantes, mas somente os danos emergentes.

A diferença é relevante: suponha-se que um particular contrate outro para construir um muro mediante o pagamento de certa quantia; se houver a rescisão unilateral pelo proponente, este deve pagar o valor integralmente pactuado para a construção do muro; se o contratante foi a Administração Pública, e o sistema, pelas razões explicadas adiante, permite a rescisão unilateral, ela só deve pagar os danos emergentes, vale dizer, o que o contratado gastou com a aquisição de matéria-prima, mão de obra, deve remunerá-lo pelo trabalho já realizado, mas não é obrigada a pagar-lhe a quantia total inicialmente fixada. Não há *direito adquirido à manutenção do*

---

[52] Nas suas palavras:
"De par com as noções até agora expostas cumpre anotar que também se reconhece a existência de direito adquirido perante certos liames jurídicos que, por sua própria índole, são armados pelas partes sobre a inafastável pressuposição de que continuariam regidos na conformidade das cláusulas ensejadas pela lei do tempo em que são formados. Referimo-nos aos *contratos* em geral e, assim também, aos chamados contratos administrativos.
"Aqui, não se trata de reconhecer que determinadas leis professam o intento de imunizar dadas situações ante a superveniência de regras novas. Antes, trata-se de reconhecer que este instituto — o do contrato, ao menos nos de trato sucessivo — traz, inerentemente, em sua compostura medular, a *idéia de estabilização* e que o Direito, ao contemplá-lo, não poderia, incoerentemente, negar-lhe o que lhe é essencial". (*Revista Trimestral de Direito Público*, v. 24, 1998, p. 61).
Acolhe-se a doutrina do aclamado administrativista, com as ressalvas expostas acima.

[53] O Código Civil de 2002 atenuou essa assertiva. Estabelece no art. 473: "A resilição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte. Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos". O dispositivo reflete o que constatou Maria João Estorninho em sua dissertação de mestrado: "Desta forma, inúmeras disposições que foram em tempos consideradas como derrogatórias do direito comum cessaram de o ser na medida em que deixaram de ser desconhecidas nos contratos jurídico-privados". (*Réquiem pelo Contrato Administrativo*, 1990, p. 142). A explicação desse fenômeno — da aproximação do regime do contrato privado ao regime dos chamados contratos administrativos — escapa aos limites deste estudo: trata-se de uma conseqüência da chamada *constitucionalização do direito privado*, fenômeno complexo que exige estudo autônomo.

vínculo. Essa diferença indica o acerto do afirmado inicialmente: contrato administrativo não é contrato, é ato administrativo chamado de contrato.

A situação, contudo, não é *precária*. O contrato administrativo, vale dizer, o ato administrativo cujo conteúdo, em maior ou menor medida, dependa do acordo entre ao menos duas pessoas, não gera *direito adquirido* ao vínculo, este não passa a integrar o *patrimônio* dos contratantes, mas também *não* é um *ato precário*. Há, pois, uma situação intermediária entre o *direito adquirido*, em que há ingresso no patrimônio da pessoa, e a *precariedade*. Há situações jurídicas que, apesar de não possuírem a proteção própria do direito adquirido, de não serem *imunizadas* contra alterações futuras, também não estão sujeitas à modificação do entendimento dos agentes públicos, não são passíveis de *revogação*.

A *revogação* dos atos concretos é um instituto estimado pelo autoritarismo, ela permite ao agente público *mudar de opinião*, *reapreciar uma situação* e retirar do mundo jurídico atos válidos. Para os atos abstratos vigora o princípio da *ampla admissibilidade de revogação*. Para os atos concretos, ao menos hodiernamente, vigora o princípio da *excepcionalidade da revogação*. O raciocínio é muito simples: se a retirada de atos concretos inválidos, por força da segurança jurídica, da estabilidade das relações, da proteção da confiança legítima, do respeito aos efeitos gerados, é excepcional e, por isso, prefere-se convalidar a invalidar, prefere-se converter a invalidar, prefere-se reduzir ou reformar a invalidar, e na impossibilidade de convalidar, de converter, de reduzir, prefere-se invalidar irretroativamente a invalidar retroativamente, o que dizer da retirada dos atos concretos válidos. Esta, por óbvio, em relação aos atos concretos é *excepcionalíssima*. Acordam todos na mais prazível das harmonias de que o *direito adquirido* é um *obstáculo* à revogação. Pode-se ir além: não apenas as situações imunizadas pelo direito adquirido são protegidas da revogação, também o são as situações dotadas de uma *estabilidade incompatível com a mera revisão da opinião discricionária*.

Os atos administrativos cujo conteúdo dependa de acordo de vontade entre dois entes constituem situações dotadas dessa estabilidade incompatível com a revogação. Jamais podem ser alterados ou retirados do mundo jurídico por motivo de inconveniência ou inoportunidade. Perceba-se: a *revogação* não decorre de uma exigência normativa, de uma situação indesejada para o Direito, ou seja, para o conjunto de *princípios* e *regras* incidentes. Trata-se da *reapreciação discricionária* de uma situação: o Direito admite a solução "A" e a solução "B", o agente entende que a solução "A" é a que melhor atende ao interesse público; passa, numa nova apreciação, a considerar a solução "B" a que melhor atende ao interesse público. Essa alteração não decorre das exigências normativas, dos princípios jurídicos incidentes, mas de uma nova apreciação, de uma *nova opinião*.[54]

[54] Daniele Coutinho Talamini insiste exaustivamente em dissociar das exigências normativas a *revogação*: "Só haverá discricionariedade – como liberdade de escolha do significado – quando, na zona de incerteza, não houver possibilidade alguma de controle jurídico, nem

Um exemplo é suficiente para aclarar o explicado. Suponha-se que o Diretor de um dos departamentos da Procuradoria do Município acredite que os procuradores trabalhem muito melhor se estiverem isolados. Por isso, empreende licitação e firma contrato com uma empresa privada para instalação de divisórias nas diversas subprocuradorias do departamento sob seu comando. Iniciadas as obras, suponha-se que o Diretor assista a um curso e convença-se do desacerto de sua inicial convicção ou então que haja mudança da diretoria e o novo diretor não compactue com a opinião de seu predecessor. A direção do departamento assume novo entendimento: o isolamento dos servidores não melhora a execução dos serviços; pelo contrário, a útil comunicação ininterrupta entre os procuradores, fortemente fomentada pela inexistência de divisórias, contribui para a otimização dos serviços. O sistema jurídico não obriga a instalação das divisórias, as duas soluções são admitidas, pois a escolha entre uma ou outra depende do entendimento de cada um, decorre do pluralismo político, é, pois, típico caso de *discricionariedade*. Celebrado o contrato para instalação das divisórias, a mudança de opinião do agente competente jamais justificará a alteração ou a extinção do contrato administrativo celebrado. Insiste-se: contratos administrativos jamais se alteram ou se extinguem por motivo de inconveniência ou inoportunidade.[55]

---

mesmo através dos princípios jurídicos". (*Revogação dos Atos Administrativos*, 2002, p. 73). E pouco adiante:

"As regras e os princípios jurídicos funcionam como limites à atuação discricionária da Administração Pública para excluir, em determinados casos, este tipo de atuação e impor uma atuação vinculada.

"Por isto, não se concebe uma *discricionariedade vinculada aos princípios* – o que é preconizado por Juarez Freitas. Os princípios jurídicos, assim como todas as outras regras jurídicas, apenas atuam com a função de limitar e definir a discricionariedade, e nunca para nortear o administrador na sua decisão discricionária. Se isto ocorrer a hipótese é de vinculação, já que um critério jurídico está sendo utilizado.

"Os princípios – justamente por possuírem a mesma normatividade das regras – atuam para definir quando a competência será vinculada ou discricionária, não havendo, portanto, hipótese de discricionariedade vinculada". (*Revogação dos Atos Administrativos*, 2002, p. 74).

Após, conclui: "Isto leva à conclusão de que a incidência de um princípio jurídico no caso concreto e a possibilidade de decisão com base no seu conteúdo determinam a existência de competência vinculada, e não discricionária". (*Revogação dos Atos Administrativos*, 2002, p. 75).

A doutrina da nobre autora é irreparável: a *ponderação* dos princípios incidentes jamais exigirá a revogação, esta é fruto de competência discricionária, vale dizer, da *opinião* do agente competente e não da exigência dos princípios jurídicos. Novamente, merece transcrição a doutrina de Talamini: "De fato, o único critério que é objeto de apreciação quando se fala em revogação é o fundado em razões de conveniência e oportunidade. Outros parâmetros – se existirem – darão causa à extinção do ato por outro motivo, deixando de ser a hipótese de revogação. Se, por exemplo, o ato se apresentar incompatível com o interesse público em virtude de um problema de imoralidade, a razoabilidade ou a proporcionalidade a hipótese será de invalidação, porque o ato está em desacordo com uma norma jurídica, ainda que sob a forma de princípio". (*Revogação dos Atos Administrativos*, 2002, p. 90).

[55] Fernando Vernalha Guimarães, em obra de invulgar brilho, adota esse entendimento:

"Com todo o respeito, discorda-se da posição daqueles que entendem possível a escolha discricionária dos pressupostos do *ius variandi*.

"Como é sabido, a Administração usa de critérios de conveniência e oportunidade no propósito de eleger cláusulas contratuais; exercita – a par do interesse geral que se relaciona com a competência contratual – discricionariedade. Após concluído o contrato opera-se uma espécie de *preclusão* para a Administração, limitando sua competência de rever os termos da

3.3 ALTERAÇÃO UNILATERAL E EXTINÇÃO UNILATERAL DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Deu-se o primeiro passo para compreensão da alteração e extinção unilaterais dos contratos administrativos: elas não ocorrem por motivo de inconveniência ou inoportunidade, ou seja, por força de nova apreciação discricionária da Administração. Fernando Vernalha Guimarães, em sua excelente dissertação de mestrado, enunciou as duas causas que podem, segundo seu juízo, dar ensejo ao *ius variandi*: a alteração das condições circunstanciais que presidiram a celebração contratual; a constatação de erros no projeto ou na formulação das condições iniciais.[56] Nas duas hipóteses, afirma, há uma *exigência* do sistema jurídico de que a Administração exerça o *ius variandi*, trata-se de uma *competência vinculada*. O autor foi, na doutrina pesquisada, quem mais se aproximou da posição ora defendida: de suas conclusões é possível extrair que a alteração e a extinção unilaterais dos contratos administrativos dizem respeito à *teoria da correção dos atos administrativos inválidos*.

O nobre jurista, porém, não chegou a essa conclusão, nem nenhum dos doutrinadores pesquisados. Ao visualizar os contratos administrativos como verdadeiros "contratos", a doutrina esforça-se em construir uma teoria autônoma para eles. Nega-se aqui essa pretensão de autonomia: contratos administrativos são atos administrativos, qualificados pela bilateralidade. A análise do tema dos contratos administrativos a partir da teoria dos atos administrativos revela algo de suma importância: a teoria da alteração e extinção unilaterais não é uma teoria autônoma.

---

contratação firmada. Seus critérios não podem ser revistos senão pela existência de novas ocorrências capazes de permitir o juízo". (*Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*, 2003, p. 168).

Marçal Justen Filho também acolhe esse entendimento: "Quando a Administração pactua o contrato, já exercitou a competência 'discricionária' correspondente. A Administração, após realizar a contratação, não pode impor a alteração da avença mercê da simples invocação da sua competência discricionária. Essa discricionariedade já se exaurira porque exercida em momento anterior e adequado". (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 2001, p. 549).

Em sentido contrário, manifesta-se a douta Lúcia Valle Figueiredo: "As razões a alicerçar o ato de rescisão unilateral por conveniência e oportunidade são as mesmas que ensejam, consoante nosso entendimento, a revogação do ato administrativo". (*Extinção dos Contratos Administrativos*, 1998, p. 43). A divergência, contudo, é mais profunda: decorre do próprio conceito de *discricionariedade*. Afirma a autora: "A competência discricionária consiste, pois, no dever de a Administração, no caso concreto, sopesar até que ponto os *direitos individuais* devem ceder passo aos *direitos da coletividade*, ou seja, ao interesse público qualificado como tal". (*Extinção dos Contratos Administrativos*, 1998, p. 61). Conforme exaustivamente afirmado anteriormente, consideram-se as exigências impostas pela ponderação dos princípios estranhas à discricionariedade, estão no campo da *vinculação*. A imposição decorrente da ponderação dos princípios incidentes no caso concreto é questão de juridicidade, é a "vontade" do Direito imposta ao agente. Discricionariedade é restrita à livre escolha entre indiferentes jurídicos. Diante do conceito de discricionariedade da notável publicista, é perfeitamente compreensível sua opinião sobre a possibilidade de extinção dos contratos administrativos por motivo de inconveniência ou inoportunidade.

[56] *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*, 2003, p. 165.

Com efeito, analisarem-se *supra* quatro formas de retirada dos atos administrativos inválidos: a revogação, a invalidação, a cassação e a caducidade ou decaimento. Em relação aos contratos administrativos, afirmou-se, é impossível a retirada pela revogação, pois o acordo de vontades necessário para a edição do ato faz com que a situação jurídica estabelecida possua estabilidade incompatível com a permissibilidade de nova apreciação discricionária. As outras três formas de extinção são plenamente aplicáveis aos contratos administrativos, as diferenças reduzem-se a mera questão lingüística, ao emprego de diferentes denominações.

Um contrato administrativo com vício *de origem* (não superveniente) — não precedido, por exemplo, de licitação, quando deveria sê-lo — é retirado do mundo jurídico, tal qual o ato administrativo unilateral, pela *invalidação*. Esta garante ao administrado de boa-fé direito à indenização. Quer dizer: seja ato unilateral, seja ato bilateral, a invalidação deve ser acompanhada da indenização dos danos causados ao administrado. Perceba-se: o contratante não será indenizado dos *lucros cessantes*, mas somente dos *danos emergentes*. Até aqui não há novidade: a doutrina não nega a possibilidade de extinção unilateral dos contratos pela invalidação por vício de origem.

Um contrato administrativo em que há inadimplemento do administrado é retirado do mundo jurídico, tal qual o ato administrativo unilateral, pela *cassação*. Em relação às *concessões de serviço público* o legislador denominou essa retirada de *caducidade*.[57] Não importa a denominação, não importa o rótulo, o fenômeno é o mesmo: trata-se de retirada por causa do descumprimento pelo administrado das condições impostas pelo sistema normativo à manutenção do ato, no caso, do "contrato". Inadimplemento do administrado, descumprimento das obrigações de dar, fazer ou não-fazer fixadas no "contrato", ou cessação de atendimento pelo administrado de requisito subjetivo exigido no "contrato" importam em extinção por *cassação*.

Se o Estado é obrigado a prestar certa atividade e não a presta, resta ao administrado ingressar com uma ação judicial. O administrado não pode "rescindir" unilateralmente o contrato administrativo, não porque se trata de contrato, mas porque se trata de ato administrativo introduzido no mundo jurídico pelo Estado e a retirada de ato estatal só pode ser efetuada pelo próprio Estado, no caso pela Administração Pública ou pelo Judiciário. Em relação aos contratos administrativos a permanência do ato no sistema jurídico é condicionada não só à prestação do particular, mas também à prestação da Administração. O descumprimento da prestação gera uma antijuridicidade, vale dizer, uma *invalidade superveniente*. Se o inadimplemento é efetuado pelo administrado, a retirada por essa invalidade superveniente é chamada de *cassação*; se o inadimplemento é efetuado pela Administração, a doutrina não

[57] Dispõe o art. 38 da Lei 8.987/95: "A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes". Celso Antônio Bandeira de Mello chama-a também de *decadência* (*Curso de Direito Administrativo*, 2006, XII, p. 714).

estabeleceu uma denominação para a retirada. Não importa: trata-se de retirada pela invalidade superveniente decorrente do descumprimento pela Administração das prestações impostas a ela, condicionadoras da permanência do ato no sistema. Ainda que o ato dependa de um acordo de vontades entre Administração e administrado, sua retirada segue a regra geral: atos estatais só podem ser retirados pelo Estado e, assim, diante do descumprimento das obrigações impostas à Administração, restará ao administrado a propositura de uma ação judicial para extinção do contrato.[58] Até aqui também não há novidade, as presentes considerações não encontram divergência na doutrina.

Passa-se, pois, ao exame das duas hipóteses aventadas por Fernando Vernalha Guimarães. As causas de alteração unilateral do contrato mencionadas pelo autor são também causas de extinção unilateral; dependendo das circunstâncias elas justificam o exercício do *ius variandi* ou a extinção do contrato, chamada de "extinção por motivo de interesse público".[59]

---

[58] É o que se extrai do art. 79 da Lei Federal 8.666/93. A impossibilidade de rescisão unilateral pelo administrado não importa no afastamento da *exceptio non adimpleti contractus*. Em parecer publicado em 1982 o emérito Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello já registrava com pena de ouro que essa exceção não se aplica às concessões de serviço público, mas é de inegável aplicação aos contratos administrativos (*Revista dos Tribunais*, v. 562, 1982, p. 55-60).
O legislador positivou o entendimento do aclamado jurista. Determinam os incisos XIV e XV do art. 78 da Lei 8.666/93: "Constituem motivo para rescisão do contrato: XIV - a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, *o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação*; XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, *assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação*;". (grifo nosso).
O direito positivo brasileiro, portanto, não admite que o administrado *rescinda unilateralmente o contrato*, mas admite, nos termos transcritos, que ele *suspenda a execução* de suas obrigações nos casos de inadimplemento da Administração. A razão é de obviedade ululante: se o sistema jurídico permite à Administração obter uma prestação do administrado apenas com o pagamento de uma contraprestação, não pode a Administração obrigar o administrador a efetuar a prestação sem a respectiva contraprestação; o contrário importaria no injusto sacrifício do particular em benefício de toda a coletividade e, assim, na flagrante violação do princípio da legalidade e da equânime repartição dos encargos sociais.
Por causa do princípio da continuidade do serviço público, a exceção do contrato não cumprido não se aplica às concessões. Com efeito, determina o art. 39 da Lei Federal 8.987/95: "O contrato de concessão poderá ser rescindido por iniciativa da concessionária, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim. Parágrafo único. Na hipótese prevista no *caput* deste artigo, os serviços prestados pela concessionária *não poderão ser interrompidos ou paralisados, até a decisão judicial transitada em julgado*". (grifo nosso).

[59] O *jus variandi* está previsto no inciso I do art. 58 e nos incisos I e II do art. 65 da Lei 8.666/93. Eis a redação dos dispositivos: "Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;". "Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: I -

Por questão metodológica, elas serão agora examinadas como causas de extinção unilateral, para só depois serem examinadas como causas de alteração unilateral. A primeira hipótese é o *erro* cometido pela Administração na formulação das condições contratuais.[60] Ora, *erro* da Administração é *causa* de vício *original* do ato administrativo. Se, por exemplo, a Administração equivocou-se sobre as circunstâncias fáticas, há vício de motivo (este é o pressuposto de fato que autoriza ou exige a prática do ato). Se a Administração equivoca-se sobre os princípios incidentes ou sobre o peso destes, pode haver vício de finalidade (decorrente da concretização de princípio menos pesado no caso concreto) ou de contentorização (decorrente da não adoção do meio de concretização exigido pelo sistema normativo). Insiste-se: se o erro da Administração exige a retirada do contrato, é porque este é inválido. A extinção unilateral do contrato por erro na formulação das condições contratuais nada mais é do que uma *invalidação por erro original.*

A segunda hipótese mencionada é a da alteração das circunstâncias da celebração do ajuste. Relembra-se aqui o afirmado a respeito da *caducidade* ou *decaimento* dos atos administrativos: trata-se de retirada por motivo de invalidade superveniente decorrente de alteração das circunstâncias fáticas e jurídicas. Essa é justamente a segunda hipótese mencionada por Fernando Vernalha Guimarães. A alteração das circunstâncias jurídicas, a promulgação de uma lei ou de uma emenda constitucional, ou a alteração das circunstâncias fáticas, o início de uma guerra, a celebração da paz, a prática de atos de terrorismo, etc., podem tornar a manutenção do contrato dantes celebrado incompatível com o ordenamento jurídico. Não se trata de mera inconveniência e inoportunidade, é uma incompatibilidade com o sistema normativo, uma invalidade *superveniente*.[61] Em suma: a extinção do contrato

---

unilateralmente pela Administração: a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos; b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;". A *extinção unilateral por motivo de interesse público* está prevista no inciso II do art. 58, no inciso XII do art. 78 e no inciso I do art. 79. Preceitua o inciso XII do art. 78: "Constituem motivo para rescisão 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;". Pelos motivos expostos, a *rescisão por motivo de interesse público* não é *discricionária*, quer dizer, não decorre da inconveniência ou inoportunidade. É corrente a associação da expressão "interesse público" à discricionariedade. Sem embargo, em muitas hipóteses o Direito fixa de maneira precisa o interesse público, não deixando margem à livre apreciação do agente. Por isso "extinção por motivo de interesse público" não significa, necessariamente, extinção por apreciação discricionária.

[60] Guimarães, Fernando Vernalha. *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*, 2003, p. 170-174.

[61] Afirma Daniele Coutinho Talamini:

"Ao contrário do ato de revogação, o ato que reconhece a caducidade fática *stricto sensu* é de natureza vinculada. O agente administrativo, diante da cessação da ocorrência de fato que a lei exige como pressuposto – ou diante da ocorrência de fato que a lei exige que não ocorra –, não tem alternativa senão a de retirar o ato. [...]

A revogação só extingue atos praticados no exercício de competência discricionária, enquanto que a caducidade pode dizer respeito a atos também praticados no exercício de competência vinculada. Isto porque a cessação dos pressupostos fáticos pode perfeitamente dizer respeito a atos de ambas as categorias". (*Revogação dos Atos Administrativos*, 2002, p. 110).

administrativo exigida pela alteração das circunstâncias fáticas ou jurídicas nada mais é do que uma invalidação superveniente, chamada de *caducidade* ou de *decaimento*.

Duas observações fazem-se necessárias. É mister indagar a razão pela qual o legislador, ao disciplinar essas hipóteses de retirada, tratou-as como "extinção por motivo de interesse público" — em relação à concessão de serviço público, chamou-as de *encampação*.[62] Ou seja, por que não as tratou como hipóteses de *invalidade* e não as chamou de *invalidação*? Primeiro, porque antigamente a doutrina não era tranqüila sobre os efeitos da *invalidação*. Quer dizer, não era pacífico entre os juristas que da invalidação decorria o dever de indenizar o administrado de boa-fé. Ao revés, a doutrina admitia, sem nenhuma controvérsia, que a revogação gerava o direito à indenização. Com efeito: invalidado um contrato administrativo, deve a Administração indenizar o administrado de boa-fé dos prejuízos decorrentes da aquisição de mão de obra e matéria-prima, dos serviços até então executados. Como não era comum associar invalidação ao dever de indenizar, mas era comum efetuar essa associação para a revogação, o legislador ao disciplinar a extinção dos contratos administrativos, para evitar qualquer dúvida sobre o dever da Administração de indenizar os prejuízos causados ao contratante, valeu-se da terminologia comumente empregada para a revogação: "extinção por motivo de interesse público".

A outra razão é específica para a segunda hipótese mencionada — a alteração das circunstâncias fáticas e jurídicas. Boa parte da doutrina tem

---

Em relação à parte final, nos termos adiante retomados, ressalva-se: a caducidade é sempre uma imposição normativa, decorre do exercício de competência vinculada; quando o sistema jurídico, diante da mudança das circunstâncias fáticas, permite uma reapreciação discricionária, a retirada dá-se pela revogação.

Sobre a invalidade superveniente dos atos bilaterais, afirma Umberto Fragola: "Anzitutto mi pare evidente una osservazione: il fenomeno della sopravvenienza si inquadra nella teoria della rilevanza giuridica del tempo. Il tempo influisce sullo svolgimento dei rapporti giuridici e quindi anche di quelli amministrativi. Il decorso del tempo, nello svolgimento dei rapporti giuridici a tratto successivo, comporta rischi che possono avere influenza sulla vita stessa dei rapporti. Anche gli atti amministrativi sono soggetti alla tirannia del tempo e si dissolvono automaticamente, con la cessazione dei presupposti e delle cirscostanze che suggerirono la loro emanazione. E si dissolvono sia atti amministrativi negoziali, sia meri atti amministrativi, perchè col decorso del tempo, e per circostanze sopravvenute, così una concessione amministrativa come le note di qualifica del pubblico impiegato, devono aggiornarsi. Questo adeguamento od aggiornamento può reclamarsi ora nell'interesse della stessa pubblica amministrazione, ora nell'interesse del privato cittadino in relazione con la stessa. Se il rapporto ha contenuto economico ed è superato dal tempo e dalle circostanze sopravvenute, potrà adoperarsi la stessa formula invalsa in diritto privato: occorrerà quindi 'ricondurlo ad equità'". (*Gli Atti Amministrativi*, 1952, p. 139).

[62] Dispõe o art. 37 da Lei 8.987/95: "Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior". Celso Antônio Bandeira de Mello registra outra denominação: *resgate* (*Curso de Direito Administrativo*, 2006, XII-69, p. 713). Perceba-se: o que é chamado de *caducidade* ou *decaimento* na teoria dos atos administrativos é chamado de *encampação* ou *resgate* na teoria da concessão de serviço público; o que é chamado de *cassação* na teoria dos atos administrativos é chamado de *caducidade* ou *decadência* na teoria da concessão de serviço público.

dificuldade em visualizar aí uma questão de juridicidade, de invalidade superveniente. Somente com o desenvolvimento das modernas concepções principiológicas — em que o sistema normativo é tomado não apenas como um conjunto de regras, mas como um conjunto de regras e de princípios, compreendidos estes como *normas jurídicas autônomas* — percebeu-se que a modificação das circunstâncias fáticas e jurídicas importa em novas *exigências normativas.*[63] A aplicação do Direito dá-se não apenas pela *subsunção*, mas pela *ponderação*[64] e esta, em relação aos atos de eficácia continuada, diante da alteração das circunstâncias fáticas e jurídicas deve ser revista. Vale dizer: a alteração do sistema pode gerar a invalidade superveniente e, por conseguinte, a retirada do ato. Não importa o nome — chame-se essa retirada de caducidade, decaimento, decadência, encampação, resgate, invalidação —, o importante é compreender que se trata de *competência vinculada*, imposta pelo sistema normativo, passível de ser obtida *judicialmente*.

A segunda observação é a diferença entre a alteração das circunstâncias como condicionamento à revogação e alteração das circunstâncias como causa de invalidade superveniente. Relevante parcela da doutrina condiciona a revogação à alteração das circunstâncias.[65] Quer dizer, diante de determinadas circunstâncias ("X1"), era juridicamente possível tanto a adoção da solução "S1" — edição de um ato com determinado conteúdo — como da solução "S2" — omissão —; coube ao agente competente escolher a que segundo seu juízo importava na melhor forma de concretizar o interesse público e ele escolheu "S1". Suponha-se que, posteriormente, diante da eficácia continuada da medida eleita, o sistema *permita* que o agente *reveja* a escolha dantes efetuada e, assim, decida pela manutenção do ato no sistema ou por sua retirada. Quer dizer, é juridicamente possível tanto a manutenção do ato no sistema ("S1'") como sua retirada ("S2'") e o sistema exige do agente competente que decida entre as duas possibilidades; suponha-se que ele escolha "S2'": ele *revoga* o ato editado. Pois bem, há duas posições na doutrina. A *posição restritiva* condiciona a revogação à mudança das circunstâncias. Noutras palavras: para que a decisão dantes tomada possa ser reapreciada, para que o agente possa escolher entre "S1'" e "S2'", deve ter ocorrido a modificação de "X1", exigem-se novas circunstâncias fáticas ou jurídicas ("X2"). Pela *posição não-restritiva*, a revogação não pressupõe a alteração das circunstâncias, vale dizer, não é necessária a modificação de "X1" para "X2". É, todavia, indiscutível que mesmo a corrente não-restritiva não nega a possibilidade de o *legislador* expressamente condicionar a revogação à mudança das circunstâncias, entenda-se, a condição doutrinária imposta pela primeira corrente pode, para a segunda corrente, ser imposta pelo legislador.

---

[63] Sobre a concepção principiológica referida vide nossos trabalhos: "A Estrutura Normativa dos Princípios" (*Revista Trimestral de Direito Público*, v. 40, p. 113-145, 2002), "Função Administrativa I" (*Revista Trimestral de Direito Público*, v. 41, p. 174-206, 2003) e "Função Administrativa II" (*Revista Trimestral de Direito Público*, v. 42, p. 220-250, 2003).

[64] Sobre a ponderação vide Robert Alexy (*Teoría de los Derechos Fundamentales*, 2000, Cap. III, p. 81-172) e Daniel Sarmento (*A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*, 2002).

[65] Daniele Coutinho Talamini apresenta um excelente panorama sobre o assunto (*Revogação dos Atos Administrativos*, 2002, §1.8, p. 122-133).

Essa longa explicação fez-se necessária para que não se confunda a alteração das circunstâncias como condição, pressuposta pela doutrina ou imposta pelo legislador, para o exercício da competência revocatória com a alteração das circunstâncias como motivo da retirada por invalidade superveniente. Na hipótese esquematizada há pouco, na nova situação o sistema jurídico continua *permitindo as duas soluções*, a permanência do ato no sistema ou sua retirada, vale dizer, esta não é *exigida* pelo sistema normativo, é, tão somente, *facultada*. A retirada, se ocorrer, é fruto de competência discricionária e, por isso, é chamada de *revogação*. Diversamente ocorre se, diante da nova situação, a retirada passar a ser *exigida, imposta* pelo sistema: a retirada passa a ser fruto de competência vinculada e, por isso, não é revogação — é na teoria dos atos administrativos "*caducidade*" ou "*decaimento*", e na terminologia da Lei 8.666/93 "*retirada por motivo de interesse público*". Enfim: na teoria dos contratos administrativos uma das causas da chamada retirada por motivo de interesse público é a alteração das circunstâncias fáticas ou jurídicas, essa alteração exige a extinção do contrato, não faculta a extinção e, por isso, não se confunde com o condicionante doutrinário ou legislativo imposto à competência revocatória.[66]

Essas duas hipóteses de extinção unilateral dos contratos administrativos — por erro da Administração na formulação das condições contratuais ou por alteração dessas condições — são imposições do conjunto normativo e, assim, não podem ser impostas, ao contrário do afirmado pela doutrina majoritária, apenas pela Administração; podem ser impostas também pelo Poder Judiciário em defesa da vontade objetiva do ordenamento jurídico.

Essas duas hipóteses, como inicialmente antecipado, são também as causas da *alteração unilateral do contrato administrativo*. Afirmou-se, quando do exame dos conceitos basilares da teoria dos atos administrativos, que a invalidade não impõe necessariamente a invalidação, quer dizer, a retira do ato do sistema. Esta possui um custo jurídico e econômico não desprezado pelo Direito. Várias razões jurídicas — como a estabilidade das relações, a proteção da confiança do administrado, os gastos decorrentes da retirada, a boa-fé do administrado, o tempo decorrido, os efeitos gerados pelo ato, os prejuízos causados pela retirada — devem ser *ponderadas* quando do exame da

[66] Diante das considerações efetuadas convém enunciar algumas palavras sobre a exegese do art. 49 da Lei Federal 8.666/93. Reza o dispositivo: "A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado". A análise literal é, conforme velha lição de hermenêutica jurídica, insuficiente para compreensão das normas jurídicas. Apesar do aparentemente indicado por sua redação, esse dispositivo não está a regular a *revogação da licitação*. Licitação, tal qual o contrato administrativo, é insuscetível de *revogação*, trata-se de ato administrativo incompatível com a *reapreciação discricionária*. Como dantes afirmado, a revogação de atos concretos, hodiernamente, vem mais e mais sendo restringida. O dispositivo trata da retirada *por invalidade superveniente* decorrente da alteração das circunstâncias. Trata-se de regra idêntica à aplicável aos contratos administrativos: a retirada da licitação não se dá por inconveniência ou inoportunidade, mas em decorrência da nova ponderação realizada diante da mudança das circunstâncias fáticas e jurídicas — não decorre de um juízo discricionário do agente, mas de uma vinculada imposição do Direito.

invalidade do ato administrativo. Dessa ponderação pode resultar que o sistema jurídico não admita a retirada do ato, exija a retirada parcial (*redução* ou *reforma*), ou o aproveitamento integral (*convalidação*) ou o aproveitamento parcial (*conversão*). O mesmo se pode dizer em relação ao *exame* dos contratos administrativos: a invalidade, original ou superveniente, nem sempre exige a *extinção* do contrato, muitas vezes, exigirá sua *conversão* ou sua *redução*. A conversão ou a redução dos atos administrativos bilaterais, fruto da ponderação efetuada quando da apreciação da invalidade original ou superveniente, nada mais são do que o chamado *ius variandi* ou *alteração unilateral do contrato administrativo*.

Deveras, a alteração unilateral do contrato pela Administração Pública consiste na *correção* da invalidade original ou superveniente. A doutrina, por causa do *vício metodológico* de apego aos conceitos do direito privado, sempre examinou os atos administrativos bilaterais como se fossem verdadeiros *contratos* e por isso elaborou a teoria da alteração unilateral dos contratos administrativos, concebeu-a como uma teoria autônoma. Ignorou uma conclusão que facilita sobremaneira a compreensão do tema e evita graves equívocos: a alteração unilateral é uma conseqüência da *correção* da invalidade do contrato administrativo. Pelos mesmos motivos que o sistema exige a manutenção de um ato unilateral inválido no sistema, exige também a manutenção de um ato bilateral inválido. A invalidade pode ser corrigida pela invalidação parcial, chamada de *redução* ou *reforma*, que nada mais é do que uma *alteração quantitativa para menos*, ou pela *conversão*, que é uma *alteração qualitativa* ou *quantitativa para mais*. Vale dizer: o ato administrativo de alteração unilateral do contrato administrativo é um ato administrativo corretor ou de redução ou de conversão. Como a alteração unilateral também é uma imposição do sistema normativo, fruto da ponderação efetuada pelo agente quando do exame da invalidade original ou superveniente, pode ser imposta pela Administração ou pelo Judiciário. Este, por óbvio, pode agir em defesa da vontade objetiva do Direito.[67]

Finalmente, para terminar o estudo da alteração e extinção unilaterais, é necessário examinar relevante diferença existente entre os

[67] Para Fernando Vernalha Guimarães a alteração unilateral do contrato administrativo também é resultado da *ponderação* dos princípios incidentes. É o que se extrai de várias passagens de sua obra: "O sistema jurídico-administrativo, composto por princípios (e regras) de direito administrativo, recepciona regras de direito privado, integrando-as em órbita sistemática. Na medida em que as regras jurídicas traduzem-se em concreção de princípios, perdem sua eficácia desde que seu princípio-matriz reste afastado da aplicação a dada situação concreta quando sobreposto por outro princípio. Daí que na esfera do contrato administrativo geralmente os princípios juspublicistas detêm preferência em relação a princípios de direito privado, produzindo, em certas situações, a inaplicabilidade de regras de direito privado. Isso acontece, por exemplo, em matéria de poderes exorbitantes da Administração sobre o co-contratante. A mutabilidade unilateral advém da supremacia do princípio da prossecução do interesse geral buscado pela via do contrato em relação ao princípio da intangibilidade da avença". (*Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*, 2003, p. 108). Adiante, a idéia é retomada: "A aplicação do poder de modificação do contrato administrativo se concretiza, como já se referiu no Capítulo I deste trabalho, pela projeção de princípios que se relacionam (fornecendo a diretriz normativa ao hermeneuta) numa dimensão do *peso* que assumem em face da situação posta (concreta)". (*Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*, 2003, p. 128).

contratos administrativos não submetidos a regras de direito privado e os submetidos a essas regras. Afirmou-se que não há contratos da Administração submetidos ao regime de direito privado, pois o *regime jurídico* é definido não pelas *regras aplicáveis*, mas pelos *princípios estruturantes* e a presença da Administração Pública é indissociável dos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público e é incompatível com a autonomia da vontade. Por isso, concluiu-se, todos os contratos da Administração são administrativos, ou seja, atos bilaterais regidos pelo direito público. Sem prejuízo, admitiu-se que para certos objetos contratuais, a Administração adote a *forma de direito privado* e, por conseguinte, se submeta a regras de direito privado. Ela pode celebrar um ajuste regido, por exemplo, pela lei privada de locações ou pelo Código Civil. O contrato de locação, *v. g.*, será submetido aos princípios estruturantes de direito público e também às regras da Lei 8.245/90. É chegada a hora de aclarar essas assertivas.

Toda regra jurídica possui um *peso relativo*. Toda regra concretiza um princípio, as regras legislativas têm em seu favor o acréscimo do peso de um princípio formal que dá primazia às ponderações legislativas. Esse princípio formal decorre da separação de poderes e da legalidade, ele estabelece que as ponderações legislativas devam ser cumpridas. Assim, uma regra legislativa ("R1") possui o peso do princípio por ela concretizado ("P1"), acrescido do peso do referido princípio formal ("P1 + Pf"). Diante do caso concreto, um princípio oposto ao concretizado pela regra legislativa ("P2") pode ter peso suficiente para afastar a soma de "P1 + Pf". Somente esse modelo permite compreender os *contratos administrativos regidos pelo direito privado*: eles são submetidos às regras de direito privado; da submissão da Administração Pública a essas regras ("Rn") decorre, independentemente do caso concreto, uma razão *prima facie*, ou seja, um *argumento* em favor da aplicação dessas regras, decorrente do princípio formal que dá primazia à aplicação das regras ("PF").[68] Esse princípio formal, esse argumento adicional, modifica a *ponderação* efetuada quando do exame da *invalidade* original ou superveniente desses contratos administrativos.

Com efeito: nos contratos administrativos submetidos apenas às regras de direito público, quando do exame da invalidade original ou superveniente, o agente público deve levar em consideração razões jurídicas favoráveis à não alteração do ajuste, seja a não alteração propriamente dita, seja a não extinção unilateral, e razões jurídicas favoráveis à alteração. A celebração do *acordo* gera, por si, uma razão contrária à alteração do vínculo. É a *ponderação* das circunstâncias fáticas e jurídicas que indicará se é o caso de *alterar unilateralmente o contrato* (sanar o vício), *extingui-lo unilateralmente* (retirar o ato do sistema), ou deixar tudo como está. Pois bem, nos contratos submetidos ao direito privado as razões contrárias à desestabilização do vínculo são fortemente intensificadas. O princípio formal que dá primazia às regras de direito privado intensifica o peso das razões contrárias à alteração e

[68] Sobre o tema, vide nosso "Função Administrativa II" (*Revista Trimestral de Direito Público*, v. 42, 2003, p. 225-228).

extinção unilaterais. Diante disso, afirma-se: *contratos administrativos* submetidos às regras de direito privado, como um contrato de locação,[69] também admitem a alteração unilateral do ajuste ou a extinção unilateral do ajuste, mas as razões fáticas e jurídicas justificadoras dessa alteração ou dessa extinção devem ser bem mais fortes das requeridas para a alteração ou extinção dos contratos submetidos apenas às regras de direito público.[70]

3.4 INTANGIBILIDADE DA EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

O último tema a ser analisado neste estudo está assentado em sólida doutrina; não há, ao contrário do que ocorre com o conceito de contrato, com a classificação deste e com a alteração e extinção unilaterais, divergências significativas. Os administrativistas repetem em coro uníssono que a equação econômico-financeira dos contratos administrativos é intangível.[71] Essa assertiva, observe-se, no direito brasileiro, possui acento constitucional: está, às claras, positivada no inciso XXI do art. 37. Com efeito, o Texto Maior garante aos contratantes com a Administração a manutenção das "condições efetivas da proposta".

A idéia é simples, elementar, não demanda grande esforço intelectual para ser entendida: a relação econômico-financeira entre as obrigações assumidas pelo contratante e o que ele aceitou receber para cumpri-las deve manter-se incólume. Esquematicamente, se para entregar dez canetas, o contratante exige receber dez reais, essa relação, dez reais para dez canetas, não pode ser alterada. Parece simples, mas a doutrina foi obrigada a desenvolver uma vasta teoria sobre o assunto. Na verdade, o administrado, ao fazer sua *proposta*, deve procurar a máxima minuciosidade:

---

[69] Por todos, em excepcional artigo, observa Alice Gonzalez Borges sobre o contrato de locação celebrado pela Administração Pública: "Pensamos, por exemplo, em casos nos quais a Administração, em função de suas atividades, necessite substituir os órgãos que estão atuando no prédio locado, modificar o tipo de utilização, aumentar, sensivelmente, o número das pessoas que o ocupam. Não se há de imaginar que, para isso, necessite de prévio consentimento escrito do locador, ou que, por algum modo, isto caracterize infração contratual que pudesse servir de pretexto para a retomada do prédio locado, na forma do que dispõe a Lei 8.245/91". ("A Administração Pública como Locatária", *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 11,1995, p. 236; *Temas de Direito Administrativo Atual*: estudos e pareceres, p. 177).

[70] Interessante a posição de Fernando Vernalha Guimarães sobre o tema. Ele admite a possibilidade de alteração e extinção unilaterais dos contratos da Administração, mas afirma que se essa possibilidade se efetivar é porque o contrato não era um contrato da Administração, mas um verdadeiro contrato administrativo (*Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*, 2003, p. 86-87). Em rigor, segundo seu entendimento, nenhum contrato é com certeza contrato da Administração, tudo dependerá das circunstâncias, dependendo delas o que era um contrato da Administração pode revelar-se um contrato administrativo. O conceito de "contrato da Administração" permanece, segundo esse posicionamento, submetido a uma espada de Dâmocles: de uma hora para outra pode desaparecer. Discorda-se, por isso, do posicionamento do autor.

[71] Sobre o tema há um opúsculo de obrigatória leitura, da lavra de Celso Antônio Bandeira de Mello, intitulado "Contrato administrativo: fundamentos da preservação do equilíbrio econômico-financeiro" (*Revista de Direito Administrativo*, v. 211, p. 21-29, 1998).

deve indicar de forma completa o custo para o fornecimento de cada unidade, no caso, o custo de cada caneta. A incolumidade diz respeito ao "lucro" do administrado, o que ele aceitou *ganhar* para cumprir determinada obrigação.

As *alterações unilaterais* do contrato efetuadas pela Administração por óbvio exigem a revisão da remuneração do contratado. Exemplo evidente: se a Administração exigir a entrega de doze canetas, deverá pagar doze reais. O reajuste da equação, porém, não decorre apenas do *ius variandi*: se alguma atuação do Estado, ainda que não relacionada ao contrato, interferir diretamente na equação, necessitar-se-á efetuar a revisão — é a conhecida teoria do *fato do príncipe*.[72] Assim, se a Administração eleva os tributos que incidem sobre a atividade do contratado, se o Judiciário impõe obrigação de fazer ao contratado para proteção do meio ambiente ou do usuário — por exemplo, que o administrado substitua a tinta das canetas por uma outra mais biodegradável ou que indique no tubo das canetas o prazo estimado para o uso da tinta — haverá necessidade de recomposição.[73] Por óbvio, o inadimplemento da Administração, o descumprimento de suas obrigações, também altera a equação econômico-financeira e, pois, exige revisão — eis a teoria do *fato da Administração*.[74] Não é apenas a atuação estatal — *ius variandi*, fato do príncipe, fato da Administração — que exige a revisão da remuneração pactuada: acontecimentos externos à conduta das partes, que atinjam a equação, também exigem o re-equilíbrio — eis a conhecida *teoria da imprevisão*.[75] Finalmente, erros de previsão também importam no desequilíbrio — daí a teoria das *sujeições imprevistas*.[76]

Todas essas teorias só complicam um assunto que é, em si, fácil. Com efeito: elas não possuem autonomia, pois não importa o que ocorra, qualquer alteração da relação entre o que o administrado exigiu ganhar e o que ele se comprometeu a executar importa na necessidade de *rever* a remuneração. Para mais ou para menos. Por isso é incorreto falar, propriamente, em *lucro*. Uma analogia permite compreender essa afirmação: os servidores públicos não executam sua função, como regra geral, por benemerência, executam-na por *profissão*, vale dizer, para obtenção de uma *remuneração*; o texto constitucional agasalha o princípio da *irredutibilidade de vencimentos* no inciso XV do art. 37. Jamais se disse, porém, que o agente público exerce suas funções para obter *lucro*, que ele visa ao lucro. O

[72] Por todos: Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 2006, X-52, p. 615-616.

[73] Toda modificação unilateral do contrato administrativo consiste, de certo modo, no afastamento dos princípios concretizados pela licitação. A admissibilidade da alteração é justificada pelos mesmos argumentos justificadores da manutenção do ato inválido no sistema. A retirada do ato bilateral e a realização de nova licitação geram efeitos jurídicos não desprezados pelo Direito. É a *ponderação* que indicará se é o caso de invalidar e efetuar nova licitação ou alterar.

[74] Por todos: Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 2006, X-52-54, p. 617-620.

[75] Por todos: Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 2006, p. 616-617 e 622-625.

[76] Por todos: Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 2006, X-52, p. 617.

administrado que contrata com a Administração Pública também pretende uma contraprestação, não assume as obrigações, como regra, por benemerência. Também aqui é inapropriado falar em lucro. Ele tem direito à contraprestação pactuada, não ao lucro. Se, por alguma circunstância, houve alteração da *equação econômico-financeira* em benefício da Administração, por exemplo, houve queda do preço dos insumos, diminuição da carga tributária, a remuneração terá que ser revista em benefício da Administração. Além disso, se o administrado calculou mal, vale dizer, apresentou proposta que não lhe garante lucro significativo, de duas, uma: ou desde o início a proposta não garantia nenhum lucro, ou seja, nenhuma vantagem econômica e por isso era inexeqüível, o contrato é inválido porque é vedado à Administração aceitar propostas inexeqüíveis;[77] ou a proposta garantia pouca vantagem econômica, mas era exeqüível, o contrato não é inválido e o prejuízo é de responsabilidade exclusiva do administrado contratante. A Administração é obrigada *tão somente* a garantir a manutenção da equação econômico-financeira, entendida como a efetivação *material* da proposta inicialmente formulada, não é obrigada a garantir o lucro do contratante. Em suma: *intangibilidade da equação econômico-financeira* não é garantia de lucro; este, aliás, é conceito estranho aos contratos administrativos, quando muito, tangencia o tema da *exeqüibilidade das propostas*.[78]

Como dito, não há na doutrina substanciais divergências sobre esse tema. Contribui para isso o fato de haver densa disciplina normativa sobre o assunto: trata-se do art. 65, II, "d", e §§ 5º e 6º da Lei 8.666/93.[79] É

[77] Determina o art. 48, inciso II, da Lei 8.666/93: "Serão desclassificadas: II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexeqüíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação". Reza o § 1º. desse dispositivo: "Para os efeitos do disposto no inciso II, deste artigo consideram-se manifestamente inexeqüíveis, no caso de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia, as propostas cujos valores sejam inferiores a 70% (setenta por cento) do menor dos seguintes valores: a) média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinqüenta por cento) do valor orçado pela Administração, ou b) valor orçado pela Administração".

[78] Sobre o tema é imprescindível a leitura da lição de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre as concessões de serviço público (*Curso de Direito Administrativo*, 2006, XII-60-66, p. 706-711), lição que *mutatis mutandis* pode ser estendida aos contratos administrativos.

[79] Reza o art. 65, II, "d": "Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: II - por acordo das partes: d) para restabelecer a relação que as parte pactuaram inicialmente 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-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando área econômica extraordinária e extracontratual". Reza o §5º: "Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso". E o § 6º: "Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial".

fundamental *compreender* o *fundamento* dessa disciplina, pois no Brasil são muito comuns alterações legislativas surpreendentemente contrárias às bases teóricas desenvolvidas há décadas pela doutrina, alterações essas nunca efetuadas em proveito dos administrados, ao menos da generalidade deles. Desse modo, apesar da clara dicção legislativa e da assente doutrina, é mister tecer cuidadosas considerações sobre os *fundamentos* que estão na base da *teoria da intangibilidade da equação econômico-financeira dos contratos administrativos*.

Como afirmado no início desta exposição, os juristas comumente incidem em dois vícios metodológicos: supõem que a Administração possa assumir a situação jurídica de um particular e supõem que os conceitos do direito privado sejam aplicáveis ao direito público. Esses dois vícios metodológicos são a causa da incompreensão dos fundamentos da teoria ora analisada. A situação jurídica da Administração Pública é absolutamente incompatível com a situação jurídica do particular: aquela deve, por dever, buscar interesse alheiro, ao particular é facultado buscar a concretização de seus próprios interesses, a Administração Pública não pode buscar interesse próprio, salvo quando esse interesse for coincidente com o interesse público; garante-se ao particular um espaço de liberdade, esse espaço não é garantido à Administração, é possível falar em *autonomia privada* e em *autonomia da vontade* apenas e tão somente em relação aos particulares, não existe *autonomia* em relação à Administração, existe discricionariedade, conceito estratosfericamente diferente. Diante de diferentes situações jurídicas não há como equiparar a *situação* de um *particular contratante* com a posição da *Administração* "contratante".

Com efeito: é perfeitamente compreensível e até aceito pelo Direito que o particular contratante assuma uma situação muito vantajosa num ajuste celebrado com outro contratante, ele está buscando a realização máxima de seus interesses pessoais e nessa busca não tem dever de atentar para os interesses do outro.[80] Assim, até um certo limite, admite-se que o particular ganhe às custas do prejuízo de outro particular, admite-se que o particular se beneficie de uma situação de desvantagem de outrem. Com a Administração, porém, tudo é diferente: ela *deve* concretizar o interesse público e este consiste na concretização da *vontade objetiva do ordenamento jurídico*, ou seja, da aplicação do *conjunto normativo*. A Administração deve considerar as normas favoráveis à esfera jurídica da própria Administração, mas por dever, por definição, deve também considerar as normas favoráveis à esfera jurídica do particular. O interesse individual, em regra, não se compromete com a ponderação de todos os princípios incidentes no caso, busca a máxima

[80] Há duas importantes restrições a essa assertiva: a *primeira* foi sempre admitida, trata-se das incontáveis limitações impostas pelo ordenamento jurídico à esfera de liberdade dos particulares — o particular é livre para agir na esfera que resta da observância de todas as limitações expressamente impostas pelo Direito —; a *segunda* é fruto do constitucionalismo contemporâneo, ainda é tema de acirradas discussões, trata-se da redução dessa liberdade residual por força da aplicação dos direitos fundamentais aos particulares. Por óbvio, o tema escapa aos limites desta exposição.

realização dos princípios que beneficiem a esfera do respectivo indivíduo. O interesse público busca a máxima realização de todos os princípios incidentes, até mesmo dos princípios que beneficiem a esfera individual. Se o interesse individual consiste na máxima realização de P1, por exemplo, o interesse público consiste na máxima realização de P1, P2, P3.

Diante disso, a Administração ao *contratar um particular* para que este execute determinada atividade tem interesse jurídico (*rectius*, é seu dever) em garantir a vantagem do administrado. Não lhe interessa beneficiar-se de uma situação de desvantagem, não lhe interessa obter a execução da atividade "*de graça*" ou à custa de prejuízo alheio. Por isso, o *regime dos contratos administrativos* garante, de forma *ampla e irrestrita*, a *vantagem* fixada na *proposta* do administrado e aceita pela Administração, por ter sido a proposta vencedora de processo licitatório ou por ter sido escolhida em procedimento de contratação direta. De fato, essa proteção é *radical*: se em face da *força maior* essa vantagem é, de alguma forma, atingida, diminuída, a Administração efetuará a *revisão* do ajuste, a recomposição dos preços (art. 65, II, "d", da Lei 8.666/93). Essa garantia não existe no direito privado, nos termos da clara redação do art. 393 do Código Civil vigente.[81] Outro exemplo é a chamada *teoria da imprevisão*. Pode-se dizer que existe uma *teoria da imprevisão do direito público* e uma *teoria da imprevisão do direito privado*, a primeira é muito tolerante com a extensão e compreensão do signo "imprevisão", a segunda é pouco tolerante. Basta comparar os dispositivos legais: no art. 65, II, "d", da Lei 8.666/93 consta "fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis"; no art. 478 do Código Civil vigente consta "acontecimentos extraordinários e imprevisíveis". Quer dizer, no plano da literalidade, o legislador contenta-se no direito público com a *imprevisão* e exige no direito privado a *imprevisibilidade*.[82] Dessarte, basta que os acontecimentos não previstos pelo administrado quando da elaboração de sua proposta — ressalvada a imprevisão intolerável, destoante da razoavelmente admitida — alterem a vantagem requerida por ele, para que haja alteração do contrato administrativo. O raciocínio, portanto, é bem diverso: no direito privado ele pode ser expresso assim: "tome muito cuidado ao prever a superveniência dos fatos, pois eu posso ganhar às suas custas". E no direito público pode ser assim enunciado: "preveja com lealdade e boa-fé e fique tranqüilo, se a superveniência dos fatos não tiver sido prevista quando da elaboração da proposta, o ajuste será adequado à nova situação". Em suma: no direito

[81] "O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado".

[82] Registram-se as palavras do insigne Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello sobre a imprevisão no direito público: "Demais disso, a condição 'imprevisibilidade' tornou-se menos severa. É o que realça o nunca assaz citado Francis-Paul Bénoît. O imprevisível passou a se referir apenas ao *imprevisto*, ao razoavelmente não-previsto, e a indenização de imprevisão transmudou-se de ajuda parcial temporária em meio de garantia do equilíbrio econômico-financeiro estipulado por ocasião do contrato, nele incluído o lucro". (*Curso de Direito Administrativo*, 2006, X-65, p. 625).

privado o imprevisto tem que ser imprevisível; no direito público, basta que seja imprevisto.[83]

Bastam esses exemplos para acentuar a diferença entre os institutos, contrato administrativo e contrato privado. São bons exemplos para compreender a extensão da proteção: a força maior exige a revisão; circunstâncias fáticas não previstas, mas não necessariamente imprevisíveis, exigem a revisão. Uma última observação: a garantia da *intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro*, nos termos positivados na Lei Federal de Licitações, é insuscetível de modificação infraconstitucional. Por certo, essas regras infraconstitucionais tornam expressa a *exegese* da regra constitucional estampada no inciso XXI do art. 37 da Lei Magna. Somente uma reforma constitucional pode *diminuir* essa *garantia* do administrado. Noutras palavras, se por uma mudança de entendimento doutrinário, o legislador pretender alterar o regime de proteção da lei federal de licitações, não poderá fazê-lo, sem que tenha ocorrido prévia reforma do texto constitucional.[84]

4. CONCLUSÕES

1. Contrato é um instituto do direito privado, é o nome dado aos veículos introdutores de normas postas por dois ou mais indivíduos; é fruto da *autonomia privada*, do poder garantido pela ordem jurídica de disciplinar a própria conduta. Como todo ser humano, para o sistema jurídico, tem o mesmo valor jurídico, a interferência na esfera de outrem pressupõe sua *aquiescência* ou sua *concordância*.

2. Existem na doutrina brasileira três posições: a primeira admite a dicotomia contratos da Administração, regidos pelo direito privado, e contratos

[83] Sem embargo, o direito privado vivencia uma *fase de releitura*, fenômeno que ficou conhecido como constitucionalização do direito privado. Por motivos *cuja análise extravasa aos limites deste estudo* a teoria da imprevisão do direito privado tende a se aproximar da teoria da imprevisão do direito público. A leitura constitucional desse ramo do direito impede que um particular beneficie-se sem limites da desgraça alheia. Por isso, a imprevisibilidade exigida pelo referido art. 478 tende a ser deveras suavizada. Para um profundo exame da teoria da imprevisão no direito privado vide a obra de Nelson Borges (*A Teoria da Imprevisão no Direito Civil e no Processo Civil*, 2002).

[84] Como afirmamos em outra oportunidade: "Quando o constituinte usa uma palavra, ele constitucionaliza um determinado significado, ou seja, toda palavra utilizada na Constituição possui um núcleo essencial significativo que está constitucionalizado. Uma palavra constitucional não é uma forma vazia, um "x" ou um "y" ao qual se pode atribuir qualquer conteúdo. A utilização da palavra importa na utilização de um significado e este, ao menos em seu aspecto essencial, constitucionalizou-se junto com a palavra". ("Função Administrativa I", *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 41, 2003, p. 199). Quando da promulgação da Constituição de 1988, o entendimento ora positivado na Lei Federal de Licitações sobre a manutenção das "condições efetivas da proposta" era o assente na doutrina brasileira. Esse entendimento constitucionalizou-se junto com a expressão. Não pode o legislador, livremente, alterar os limites semânticos dessa garantia.

administrativos, regidos pelo direito público; a segunda não admite a existência de contratos administrativos, há contratos privados submetidos a certas regras especiais e atos unilaterais unidos a contratos privados adjetos ou complementares; a terceira não admite a existência de contratos da Administração regidos pelo direito privado, todos os contratos celebrados pela Administração regem-se pelo direito público. Em síntese, a primeira posição admite a dicotomia contratos administrativos-contratos da Administração, a segunda nega a existência dos contratos administrativos, a terceira nega a existência dos contratos da Administração.

3. Diante da antecedência secular foi natural que o direito administrativo fosse pensado e construído tendo por base o direito privado. Essa atitude natural, contudo, fez a doutrina incidir em dois *vícios metodológicos*, quer dizer, vícios de *premissas teóricas* decorrentes do apego ao direito privado. O primeiro decorre da suposição de que o Estado possa assumir a *situação jurídica de um particular* e, pois, submeter-se ao *regime de direito privado*. O regime privado é baseado na *liberdade individual* e na *autonomia da vontade*, na assegurada possibilidade de busca de interesses egoísticos, esse regime é incompatível com a natureza do Estado. Por isso, este jamais se afasta do *regime de direito público*, mesmo quando se submete às regras de direito privado. O segundo vício metodológico decorre da suposição de que a teoria geral do direito privado seja uma verdadeira *teoria geral do direito*, os conceitos desenvolvidos pelos privatistas foram-no tendo em vista o regime de direito privado e, por isso, nem sempre são adequados para o direito público.

4. Concluiu-se que a teoria dos "contratos administrativos" revela esses dois vícios metodológicos. A doutrina tomou um conceito desenvolvido para o direito privado, com fundamento na autonomia privada, como um conceito próprio da teoria geral do direito — incidiu no segundo vício mencionado; além disso, supôs que em determinadas situações a Administração Pública poderia assumir a situação jurídica de um particular, submeter-se ao regime de direito privado e, pois, celebrar contratos privados — incidiu no primeiro vício mencionado. A teoria dos contratos administrativos é, por isso, duplamente viciada: não existem "*contratos privados da Administração*", mas também não existem "*contratos administrativos*".

5. Sem embargo, diante do *uso reiterado do signo*, da *tradição lingüística*, resta render-se, apesar da *ambigüidade*, à manutenção do signo "contrato administrativo" e enfatizar: ele não se refere aos contratos privados, não se atrela à teoria dos contratos do direito privado, é, tão somente, um rótulo, uma denominação atribuída aos *atos administrativos bilaterais*. Buscou-se na *teoria dos atos administrativos* a solução para os vícios metodológicos apontados. Apresentou-se, então, o seguinte conceito: contrato administrativo é a denominação dada a todo ato administrativo bilateral, entendido como ato cujo conteúdo seja fruto da manifestação de dois entes, sendo ao menos um deles um ente administrativo.

6. Classificaram-se os contratos administrativos em *contratos de interesses contrapostos* e *de interesses comuns*. Nos primeiros, todos os entes contratantes buscam o mesmo objeto; ainda que haja várias prestações distribuídas entre os contratantes, estes pretendem obter a realização do mesmo objeto contratual. Nos contratos de interesses contrapostos as partes têm pretensões distintas; o contrato possui, propriamente, dois objetos, um relativo à prestação de uma parte, outro relativo à prestação da outra. Como há signos próprios para os primeiros — convênios e consórcios — distinguiram-se os *contratos administrativos em sentido amplo*, classe abrangente de ambos os tipos, dos *contratos administrativos em sentido estrito*, classe restrita aos contratos administrativos de interesses contrapostos. Estes últimos foram subclassificados em contratos administrativos sujeitos *exclusivamente a regras de direito público* e contratos administrativos sujeitos *também a regras de direito privado*. Todo ajuste celebrado pela Administração rege-se pelo regime de direito público, funda-se sobre os dois princípios estruturantes da *superioridade do interesse público sobre o privado* e da *indisponibilidade do interesse público*, mas o direito positivo admite que para certos objetos contratuais o ajuste seja parcialmente submetido às regras de direito privado.

7. Após a enunciação de alguns conceitos básicos da teoria dos atos administrativos — o conceito de ato administrativo, a discricionariedade e a vinculação, a invalidade, a revogação, a invalidação, a cassação, a caducidade ou decaimento, a redução ou reforma, a convalidação e a conversão — tornou-se possível examinar os três temas essenciais da teoria geral do regime dos contratos administrativos — a alteração unilateral, a extinção unilateral e a intangibilidade da equação econômico-financeira.

8. Os contratos de *direito privado* são, em regra, indissociáveis do *direito adquirido*, tanto que a *rescisão* por uma das partes importa, como regra, não só na indenização à outra dos *danos emergentes*, mas também dos *lucros cessantes* — o particular, ressalvadas hipóteses excepcionais, tem *direito adquirido* à manutenção do vínculo. Nos contratos administrativos não existe esse *direito adquirido*: presentes certos condicionantes, o sistema admite a rescisão unilateral do vínculo pela Administração e esta, quando válida, não obriga a Administração a pagar os lucros cessantes, mas somente os danos emergentes. Afirmou-se, todavia, que se em relação aos atos administrativos abstratos a possibilidade de *revogação* é ampla, em relação aos administrativos concretos é excepcionalíssima: não apenas as situações imunizadas pelo direito adquirido são protegidas da revogação, também o são as situações dotadas de uma *estabilidade incompatível com a mera revisão da opinião discricionária*. Concluiu-se que os contratos administrativos são dotados dessa estabilidade e, por isso, jamais se alteram ou se extinguem por motivo de inconveniência ou inoportunidade.

9. Concluiu-se que a extinção e alteração unilaterais do contrato administrativo dizem respeito à *teoria da correção dos atos administrativos inválidos*. Um contrato administrativo com vício *de origem* (não superveniente) é retirado do mundo jurídico pela *invalidação*. A invalidação deve ser acompanhada de indenização dos danos emergentes. A extinção unilateral do

contrato por erro na formulação das condições contratuais nada mais é do que uma *invalidação por erro original*, mas essa retirada é chamada pelo legislador de *extinção por motivo de interesse público*.

10. Em relação aos contratos administrativos a permanência do ato no sistema jurídico é condicionada não só à prestação do particular, mas também à prestação da Administração. O descumprimento da prestação gera uma antijuridicidade, vale dizer, uma *invalidade superveniente*. Se o inadimplemento é efetuado pelo administrado, a retirada por essa invalidade superveniente é chamada de *cassação*; se o inadimplemento é efetuado pela Administração, a doutrina não estabeleceu uma denominação para a retirada. Não importa: trata-se de retirada pela invalidade superveniente decorrente do descumprimento pela Administração das prestações impostas a ela, condicionadoras da permanência do ato no sistema. Ainda que o ato dependa de um acordo de vontades entre Administração e administrado, sua retirada segue a regra geral: atos estatais só podem ser retirados pelo Estado e, assim, diante do descumprimento das obrigações impostas à Administração, restará ao administrado a propositura de uma ação judicial para extinção do contrato. A impossibilidade de rescisão unilateral pelo administrado não importa no afastamento da *exceptio non adimpleti contractus*: essa exceção não se aplica às concessões de serviço público, mas é de inegável aplicação, nos termos do art. 78, XIV e XV, da Lei 8.666/93, aos contratos administrativos.

11. A extinção do contrato administrativo exigida pela alteração das circunstâncias fáticas ou jurídicas, também chamada pelo legislador de extinção por motivo de interesse público, nada mais é do que uma invalidação superveniente, chamada de *caducidade* ou de *decaimento*. Esclareceu-se a ambigüidade da terminologia: o que é chamado de *caducidade* ou *decaimento* na teoria dos atos administrativos é chamado de *encampação* ou *resgate* na teoria da concessão de serviço público; o que é chamado de *cassação* na teoria dos atos administrativos é chamado de *caducidade* ou *decadência* na teoria da concessão de serviço público. Como não era comum associar invalidação ao dever de indenizar, mas era comum efetuar essa associação para a revogação, o legislador ao disciplinar a extinção dos contratos administrativos, para evitar qualquer dúvida sobre o dever da Administração de indenizar os prejuízos causados ao contratante, valeu-se da terminologia comumente empregada para a revogação: “extinção por motivo de interesse público”. Ademais, somente com o desenvolvimento das modernas concepções principiológicas percebeu-se que a modificação das circunstâncias fáticas e jurídicas importa em novas *exigências normativas*, a aplicação do Direito dá-se não apenas pela *subsunção*, mas pela *ponderação* e esta, em relação aos atos de eficácia continuada, diante da alteração das circunstâncias fáticas e jurídicas deve ser revista. A alteração do sistema pode gerar invalidade superveniente e, por conseguinte, a retirada do ato. A doutrina até pouco tempo tinha dificuldade em visualizar essa invalidade: eis a segunda explicação para o emprego da expressão “extinção por motivo de interesse público”. Fixou-se: não importa o nome — chame-se essa retirada de caducidade, decadência, encampação, resgate, invalidação —, o importante é compreender

que se trata de *competência vinculada*, imposta pelo sistema normativo e, por isso, passível de ser obtida *judicialmente*.

12. Diferenciou-se a alteração das circunstâncias como condição, pressuposta pela doutrina ou imposta pelo legislador, para o exercício da competência revocatória com a alteração das circunstâncias como motivo da retirada por invalidade superveniente. Na primeira o sistema jurídico continua permitindo duas soluções, a permanência do ato no sistema ou sua retirada, vale dizer, esta não é exigida pelo sistema normativo, é, tão somente, facultada; a retirada, se ocorrer, é fruto de competência discricionária e, por isso, é chamada de revogação. Diversamente ocorre se, diante da nova situação, a retirada passar a ser exigida, imposta pelo sistema, ela passa a ser fruto de competência vinculada e, por isso, não é revogação, é na teoria dos atos administrativos "*caducidade*" ou "*decaimento*", e na terminologia da Lei 8.666/93 "*retirada por motivo de interesse público*". Enfim: na teoria dos contratos administrativos uma das causas da chamada retirada por motivo de interesse público é a alteração das circunstâncias fáticas ou jurídicas, essa alteração exige a extinção do contrato, não faculta a extinção e, por isso, não se confunde com o condicionante doutrinário ou legislativo imposto à competência revocatória.

13. Várias razões jurídicas — como a estabilidade das relações, a proteção da confiança do administrado, os gastos decorrentes da retirada, a boa-fé do administrado, o tempo decorrido, os efeitos gerados pelo ato, os prejuízos causados pela retirada — devem ser *ponderadas* quando do exame da *invalidade* do contrato administrativo. Dessa ponderação pode resultar que o sistema jurídico não admita sua total retirada, exija a *retirada parcial* (redução ou reforma), ou o aproveitamento integral (*convalidação*) ou o aproveitamento parcial (conversão). A *alteração unilateral do contrato administrativo* consiste na *correção* da invalidade original ou superveniente. A invalidade pode ser corrigida pela invalidação parcial, chamada de *redução ou reforma*, que nada mais é do que uma alteração *quantitativa para menos*, ou pela conversão, que é uma alteração *qualitativa* ou *quantitativa para mais*. Concluiu-se: o ato administrativo de alteração unilateral do contrato administrativo é um ato administrativo corretor ou de redução ou de conversão. Como a alteração unilateral também é uma imposição do sistema normativo, fruto da ponderação efetuada pelo agente quando do exame da invalidade original ou superveniente, pode ser imposta pela Administração ou pelo Judiciário.

14. Nos contratos administrativos submetidos apenas às regras de direito público, quando do exame da invalidade original ou superveniente, o agente público deve levar em considerações razões jurídicas favoráveis à não alteração do ajuste, seja a não alteração propriamente dita, seja a não extinção unilateral, e razões jurídicas favoráveis à alteração. A celebração do *acordo* gera, por si, uma razão contrária à alteração do vínculo. É a *ponderação* das circunstâncias fáticas e jurídicas que indicará se é o caso de *alterar unilateralmente o contrato* (sanar o vício), *extingui-lo unilateralmente* (retirar o ato do sistema), ou deixar tudo como está. Pois bem, nos contratos submetidos ao direito privado as razões contrárias à desestabilização do vínculo são

fortemente intensificadas. O princípio formal que dá primazia às regras de direito privado intensifica o peso das razões contrárias à alteração e extinção unilaterais. Diante disso, afirmou-se: *contratos administrativos* submetidos às regras de direito privado também admitem a alteração unilateral do ajuste ou a extinção unilateral do ajuste, mas as razões fáticas e jurídicas justificadoras dessa alteração ou dessa extinção devem ser bem mais fortes das requeridas para a alteração ou extinção dos contratos submetidos apenas às regras de direito público.

15. Passou-se, finalmente, ao último tema objeto deste estudo: o exame da *intangibilidade da equação econômico-financeira*. A relação econômico-financeira entre as obrigações assumidas pelo contratante e o que ele aceitou receber para cumpri-las deve manter-se incólume. Para garantir essa intangibilidade a doutrina elaborou várias teorias: fato do príncipe, fato da Administração, teoria da imprevisão, sujeições imprevistas. Elas, contudo, não possuem autonomia, pois não importa o que ocorra, qualquer alteração da relação entre o que o administrado exigiu ganhar e o que ele se comprometeu a executar importa na necessidade de *rever* a remuneração pactuada.

16. Essa revisão pode ser para mais ou para menos. Por isso é incorreto falar, propriamente, em *lucro*. Se, por alguma circunstância, houve alteração da equação econômico-financeira em benefício da Administração — por exemplo, houve queda do preço dos insumos, diminuição da carga tributária —, a remuneração terá que ser revista em benefício da Administração. Além disso, se o administrado calculou mal, vale dizer, apresentou proposta que não lhe garante lucro significativo, de duas, uma: ou desde o início a proposta não garantia nenhum lucro, ou seja, nenhuma vantagem econômica e por isso era inexeqüível, o contrato é inválido porque é vedado à Administração aceitar propostas inexeqüíveis; ou a proposta garantia pouca vantagem econômica, mas era exeqüível, o contrato não é inválido e o prejuízo é de responsabilidade exclusiva do administrado contratante.

17. Procurou-se compreender o fundamento dessa disciplina. Até certo limite, admite-se que o particular ganhe à custa do prejuízo de outro particular, admite-se que o particular se beneficie de uma situação de desvantagem de outrem. Com a Administração, porém, tudo é diferente: ela *deve* concretizar o interesse público e este consiste na concretização da *vontade objetiva do ordenamento jurídico*, ou seja, da aplicação do *conjunto normativo*. A Administração deve considerar as normas favoráveis à esfera jurídica da própria Administração, mas por dever, por definição, deve também considerar as normas favoráveis à esfera jurídica do particular. Diante disso, a Administração ao contratar um particular para que este execute determinada atividade tem interesse jurídico em garantir a vantagem do administrado. Não lhe interesse beneficiar-se de uma situação de desvantagem, não lhe interessa obter a execução da atividade "*de graça*" ou à custa de prejuízo alheio. Por isso, o *regime dos contratos administrativos* garante, de forma *ampla e irrestrita*, a *vantagem* fixada na *proposta* do administrado e aceita pela Administração. Conseqüentemente, ao contrário do que ocorre no direito

privado, a força maior exige a revisão, circunstâncias fáticas não previstas, mas não necessariamente imprevisíveis, exigem a revisão.

18. A garantia da *intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro*, nos termos positivados nas regras da Lei Federal de Licitações, é insuscetível de modificação infraconstitucional. Essas regras infraconstitucionais tornam expressa a *exegese* da regra constitucional estampada no inciso XXI do art. 37 da Lei Magna. Somente uma reforma constitucional pode *diminuir* essa *garantia* do administrado. Noutras palavras, se por uma mudança de entendimento doutrinário, o legislador pretender alterar o regime de proteção da lei federal de licitações, não poderá fazê-lo sem que tenha ocorrido prévia reforma do texto constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. 1. ed., 3. reimpr. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. 3 ed. rev. aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

_____. "Contrato Administrativo". *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 71, v. 562, p. 37-63, ago. 1982.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. "O Conteúdo do Regime Jurídico-Administrativo e seu Valor Metodológico". *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano I, v. 2, p. 44-61, out.-dez. 1967.

_____. "O Direito Adquirido e o Direito Administrativo". *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 24, p. 54-62, 1998.

_____. "Contrato administrativo: fundamentos da preservação do equilíbrio econômico-financeiro". *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 211, p. 21-29, jan.-mar. 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. "Contrato de Direito Público ou Administrativo". *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 88, p. 15-33, abr.-jun. 1967.

_____. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969, v. I.

_____. *Da Licitação*. São Paulo: José Bushatsky, 1978.

_____. *Natureza Jurídica do Estado Federal*. São Paulo: Prefeitura do Município de São Paulo, 1948.

BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do Fato Jurídico*: plano da existência. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BORGES, Alice Gonzalez. "A Administração Pública como Locatária". *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 11, p. 229-242, 1995.

_____. _____. In. *Temas de Direito Administrativo Atual*: estudos e pareceres. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p.167-192.

BORGES, Nelson. *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil e no Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2002.

BREWER-CARÍAS, Allan-R. "Evolução do Conceito de Contrato Administrativo". *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano X, v. 51-52, p. 5-19, jul.-dez. 1979.

CAMMEO, Cesare. *I Contratti della Pubblica Amministrazione*. Firenze: Carlo Cya, 1937.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*. Coimbra: Almedina, 2003.

COUTO E SILVA, Almiro do. "Atos Jurídicos de Direito Administrativo Praticados por Particulares e Direitos Formativos". *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 95, p. 19-37, jan.-mar. 1969.

DEVOLVÉ, Pierre; LAUBADÈRE, André de; MODERNE, Franck. *Traité des Contrats Administratifs*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1983-1984.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. *Do Direito Privado na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 1989.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 11. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 1.

_____. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. 2. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1996, v. 1.

ESTORNINHO, Maria João. *Réquiem pelo Contrato Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990.

FARIA, Ernesto. *Dicionário Latino-Português*. Belo Horizonte: Garnier, 2003.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. "Contrato Administrativo: formalidades e requisitos" *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano 22, v. 90, p. 131-137, abri.-jun. 1989.

_____. *Extinção dos Contratos Administrativos*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

FRAGOLA, Umberto. *Gli Atti Amministrativi*. Napoli: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1952.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

GAUDEMET, Yves; LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude. *Droit Administratif*. 17. ed. Paris: L.G.D.J., 2002.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUIMARÃES, Hélio de Seixas; LESSA, Ana Cecília. *Figuras de Linguagem*: teoria e prática. São Paulo: Atual, Tópicos de Linguagem, 1988.

JÈZE, Gaston. *Les Principes Généraux du Droit Administratif*: le fonctionnement des services publics. Paris: Marcel Giard, 1926, v. III.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2001.

KENSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado Editora, 1984.

LAUBADÈRE, André de. *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1956, v. 1.

_____. VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Droit Administratif*. 17. ed. Paris: L.G.D.J., 2002.

_____. MODERNE, Franck; DEVOLVÉ, Pierre. *Traité des Contrats Administratifs*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1983-1984.

LESSA, Ana Cecília; GUIMARÃES, Hélio de Seixas. *Figuras de Linguagem*: teoria e prática. São Paulo: Atual, Tópicos de Linguagem, 1988.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. "Os Consórcios Públicos". *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, v. 2, p. 289-340, abr.-jun. 2006.

MARTINS, Ricardo Marcondes. "Função Administrativa I". *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 41, p. 174-206, 2003.

_____. “Função Administrativa II”. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 42, p. 220-250, 2003.

_____. “O Conceito Científico de Processo Administrativo”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 235, p. 321-381, jan.-mar. 2004.

_____ “Efeitos dos Vícios do Ato Administrativo”. Dissertação, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

_____. “A Estrutura Normativa dos Princípios”. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 40, p. 113-145, 2002.

MAURER, Hartmut. *Direito Administrativo Geral*. Tradução de Luís Afonso Heck. Barueri: Manole, 2006.

MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Traducción de Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma, 1949, Tomo I.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 8. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

MIELE, Giovanni. *Principî di Diritto Amministrativo*. Pisa: Arti Grafiche Tornar, v. I, 1945.

MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. *Contrato de Adesão*. São Paulo: Atlas. 2002.

MODERNE, Franck; LAUBADÈRE, André de; DEVOLVÉ, Pierre. *Traité des Contrats Administratifs*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1983-1984.

MORTATI, Costantino. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. 2. ed. Padova: CEDAM, 1952.

PONDÉ, Lafayette. “A Vontade Privada na Formação ou na Eficácia do Ato Administrativo”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 63, p. 16-29, jan.-mar., 1961

_____. “A Vontade Privada na Formação ou na Eficácia do Ato Administrativo”. In: *Estudos de Direito Administrativo*. Belo Horizonte, p. 117-130, 1995.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, Tomo XXXVIII.

RANELLETTI, Oreste. *Teoria degli Atti Amministrativi Speciali*. 7. ed. Milano: Giuffrè, 1945.

RIVERO, Jean; WALINE, Jean. *Droit Administratif*. 18. ed. Paris: Dalloz, 2000.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Curso Avançado de Direito Civil*: volume 3, contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANDULLI, Aldo M.. *Manuale di Diritto Amministrativo*. Napoli: Eugenio Jovene, 1952.

SANTI ROMANO. Osservazioni sulla Invalidità Successiva degli Atti Amministrativi. In: *Scritti Minori*. Milano: Giuffrè, v. 2, p. 397-410, 1990.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 1ª ed., 2ª tir., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de Lingüística Geral*. Tradução de Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. 24. ed. São Paulo: Cultrix, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.

TALAMINI, Daniele Coutinho. *Revogação dos Atos Administrativos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

VENEZIA, Jean-Claude; LAUBADÈRE, André de; GAUDEMET, Yves. *Droit Administratif*. 17. ed. Paris: L.G.D.J., 2002

WALINE, Jean; RIVERO, Jean. *Droit Administratif*. 18. ed. Paris: Dalloz, 2000.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

MARTINS, Ricardo Marcondes. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

Publicação Impressa:

Informação não Disponível.