A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO LOCATÁRIA*

ALICE GONZALEZ BORGES**

1. Contratos da Administração e contratos administrativos típicos: distinção doutrinária clássica. 2. Contratos "privados" celebrados pela Administração Pública. Regime jurídico aplicável. 2.1. Tratamento doutrinário. 2.2. Disposições pertinentes da Lei nº 8.666/93. 3. Contrato de locação celebrado pelo Poder Público. 3.1. Como locador de bens públicos a particulares. 3.2. Como locatário de bens particulares, para usos do serviço público. 4. Tratamento das locações de bens particulares na Lei nº 8.666/93. 4.1. Normas sobre a licitação para locação de bens particulares pelo Poder Público, como regra geral, e o disciplinamento legal de sua dispensa. 4.2. Conteúdo possível do contrato. Tríplice enfoque do exame da questão. 5. Contribuição para uma definição teórica do conteúdo das cláusulas dos contratos em que a Administração figura como locatária. 5.1. O que cabe, e o que não cabe, dentre as prerrogativas previstas no art. 62, § 3º, da Lei nº 8.666/93. 5.2. Aplicabilidade de normas da Lei nº 8.245/91. 5.3. Incidência das normas de ordem pública do Plano Real. 6. Vivenciamento prático do problema, em diversas experiências administrativas consultadas.

1. Contratos administrativos e contratos da Administração: distinção doutrinária clássica

É clássica a distinção doutrinária que se costuma efetuar, entre os chamados "contratos da Administração" e os típicos "contratos administrativos". A expressão "contratos da Administração" seria mais ampla, constituindo um gênero, abrangente, de duas espécies: os *contratos privados da Administração*, nos quais esta se

* Exposição feita durante o XXI Encontro Nacional de Procuradores Municipais, realizada em Belo Horizonte, MG, no dia 22 de setembro de 1995.

** Professora titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Salvador. Membro do Conselho Superior do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo.

despojaria, para sua estipulação, das prerrogativas de potestade pública que lhe são próprias, figurando, nos ajustes, como se fora um mero particular, em plena igualdade jurídica com outro particular; e os *contratos administrativos*, propriamente ditos, para cuja celebração a Administração também comparece como parte, mas utilizando seu poder de império, suas prerrogativas de potestade pública, e, portanto, desestabilizando, em nome da supremacia do interesse público que encarna, o vínculo de igualdade jurídica, que em tese se pressupõe próprio de qualquer contrato.

A Lei nº 8.666/93, em seu art. 2º, parágrafo único — indefectivelmente, ao gosto do legislador brasileiro, “para os fins desta Lei” —, define o *contrato* com essa abrangência. O que está ali conceituado é o *contrato da Administração*, tomado como gênero abrangente de duas espécies: os contratos administrativos, cujo regime jurídico especial, próprio, típico, irá ser estabelecido mais adiante, no art. 54, que textualmente a eles se refere, em conjugação com os arts. 58 e 66; e os contratos, especificados no § 3º, inc. I, do art. 62, “cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado”, os quais nada mais são que os doutrinariamente denominados de “contratos privados da Administração.”

2. *Contratos “privados” celebrados pela Administração Pública, Regime jurídico aplicável*

Mas, será que, na verdade, a Administração celebra contratos privados assumindo, integralmente, a posição de um simples particular, sujeitando-se, integralmente, às normas de direito privado? Ou, melhor dizendo: será que *poderia* fazê-lo, sem desvirtuar gravemente a primacial missão para que é vocacionada, no atendimento do interesse público que vincula todas as suas ações?

Evidentemente que não. Pode a Administração, quando a utilização das prerrogativas de potestade pública não seja necessária para a consecução de seus fins, escolher a via privada para contratar, delas abdicando, portanto, em maior ou menor grau.

Mas o que *nunca* poderá abdicar, mesmo em tais contratações, é das sujeições e limitações que vinculam, sempre, sua atuação, em decorrência do superior e inarredável princípio da indisponibilidade do interesse público a que está atrelado.

Desse modo, cada vez mais a terminologia “contratos privados da Administração” cede passo à de “contratos regidos *predominantemente* pelo direito privado”, mais tecnicamente exata, mais consentânea com a realidade dos fatos. Foi, aliás, a adotada pela Lei nº 8.666/93, em seu art. 62, § 3º, se bem que tal dispositivo não exauriu, em sua exemplificação, toda a vasta gama de contratos que podem ser celebrados em tais condições pela Administração. Nem foi esta a intenção do legislador. As espécies contratuais enunciadas naquele dispositivo apenas comparecem em enumeração exemplificativa, com a única e declarada finalidade de estabelecer quais as prerrogativas de que poderia utilizar-se, na celebração de tais ajustes, e, mesmo assim, somente *no que couber*.

Em matéria de terminologia, autores há que negam a existência de contratos privados da Administração, preferindo chamá-los de *semipúblicos* (CARLOS ARI

SUNDFELD, *Licitação e Contrato Administrativo*, S. Paulo, Malheiros Editora, 1994, pgs. 199 e seguintes), ou de “contratos administrativos de figuração privada” (TOSHIO MUKAI, *Contratos Públicos*, S. Paulo, Forense Universitária, 1995, pgs. 24 e 25, com fulcro em MANOEL OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO).

2.1. Tratamento doutrinário

Não importa o nome, entretanto, pois os referidos autores, ao imaginarem tais denominações diferenciadas, só fazem, afinal, admitir que se estão referindo a categorias também diferenciadas de contratos. O instituto existe, e o que é preciso é caracterizá-lo, delimitá-lo em seus contornos, para que se possa definir o seu real regime jurídico.

A esse respeito, assim preleciona o mestre LAFAYETTE PONDÉ:

“É certo que o Estado pode participar de situações jurídicas reguladas pelo direito privado. Ainda aí, porém, sua vontade é formada e declarada conforme um regime de direito público; e a finalidade do seu ato é um objetivo de interesse público, porque este é uma constante, que domina toda a atuação do Estado. A competência do órgão agente, as condições jurídicas do exercício desta competência, a especialidade mesma da entidade pública, a forma de manifestação e os requisitos de elaboração daquela vontade, obedecem à regulação do direito público. Os efeitos jurídicos, estes é que se identificam com os efeitos das atividades privadas dos indivíduos, isto é, derivam do mesmo regime de direito privado, a que, nesse caso, ambas as atuações se submetem. Mas, ainda aí, a atividade do Estado é uma atividade pública, e sua vontade é sempre uma vontade de direito público, isto é, formada e expressa por um processo de direito público, ainda que, para produzir os efeitos de direito privado, deva submeter-se à regulação deste.

“Veja-se, por exemplo, a compra de um imóvel, contratada pela Administração. O contrato é de direito civil. A forma substancial, estabelecida por este, deve ser atendida; os seus efeitos são também por ele regulados. Mas o requisito da vontade contratante, do Estado, deverá obedecer às condições de validade reguladas pelo direito administrativo, de cujos preceitos dependem a designação do órgão competente para assinar aquela escritura, as condições de atuação deste órgão, a dependência de prévia autorização legislativa, ou de posterior aprovação de outro órgão, a admissibilidade de cláusula acessória” (*Rev. de Dir. Adm.*, vol. 29:16-29, pg. 17).

A esse respeito, AGUSTIN GORDILLO observa que modernamente, são muito raros os contratos da administração que se regulam unicamente pelo direito civil ou comercial. Bem ao contrário, diz, “a realidade mostra que, em todos os vínculos da administração, imperam o direito público e o direito privado, em maior ou menor grau”, pois

“... é óbvio que tudo o referente à *competência* dos órgãos que os celebram, ao *procedimento* de sua celebração, às formas pertinentes etc. etc., rege-se estritamente pelo direito público.

“Por isto, a conclusão é definitivamente a mesma que com respeito aos supostos

atos civis da administração: somente poderão reger-se pelo direito civil no que se refere ao objeto do ato ou contrato, mas isso não exclui que o dominante continue sendo o direito público, pelo que não pode qualificar-se o contrato, em sua totalidade, como um contrato de direito civil.”

(“Los Contratos Administrativos”, in *Contratos Administrativos-Regimenes de Pago y Actualización*, Buenos Aires, ASTREA, 1988, Tomo I, pg. 16 e seguintes).

Estudando o assunto à luz do direito brasileiro, MARIA SYLVIA ZANELLA DIPIETRO traça um largo bosquejo dos vários tipos de contratos celebrados pela Administração Pública:

“... os regidos unicamente pelo direito administrativo, sem paralelo no direito privado; os que, embora tenham o equivalente no direito civil, constituem uma ramificação da categoria jurídica definida pela teoria geral do direito; e, finalmente, os que são regidos pelo direito privado, com derrogações maiores ou menores impostas pelo direito público. Nas duas primeiras hipóteses, aplica-se o *regime administrativo*; na última, o *regime de direito privado com as derrogações impostas pelo direito público*, hipótese em que alguns preferem falar em direito misto. São muito poucas, senão raras, as hipóteses de aplicação pura do direito privado.” (*Do Direito Privado na Administração Pública*, São Paulo, Ed. Atlas, 1989, pg. 92).

Observando que, tendo em vista os fins de interesse geral perseguidos pela Administração, o exercício, por esta, de atividades regidas pelo direito privado sofre desvios, derrogações, impostos por normas de direito público, em maior ou menor grau, a referida autora traça algumas regras preciosas:

“... enquanto, nas relações de direito público, os privilégios e prerrogativas se presumem, independentemente de previsão legal, porque são inerentes à *AUTORIDADE* de que se reveste a Administração Pública, no exercício de funções consideradas essenciais; nas relações de direito privado o que se presume, no silêncio da lei, é a igualdade de posição; os desvios ao direito comum são apenas os expressamente estabelecidos em lei” (ob. cit., pg. 9)

Adotaremos tais judiciosas reflexões como premissas essenciais ao exame do tema, para nortear a interpretação da legislação aplicável à espécie.

2.2. Disposições pertinentes da Lei nº 8.666/93

Dispõe a Lei nº 8.666/93, a respeito da matéria, em termos expressos, unicamente no art. 62, § 3º, quando traça as seguintes regras, que a seguir se resumem:

a) — refere-se expressamente aos contratos cujo conteúdo seja regido, *predominantemente*, por norma de direito privado;

b) — destaca, apenas exemplificativamente, os contratos de seguro, de financiamento, e de locação;

c) — quanto aos contratos de locação, abrange unicamente o regime jurídico daqueles nos quais o Poder Público figure como *locatário*;

d) — determina a aplicação, *no que couber*, de alguns de seus artigos, que especifica, e, ainda, das *demais normas gerais*;

e) — os artigos assim destacados são, unicamente, o art. 55, que trata das cláusulas obrigatórias do contrato; o artigo 58, que constitui, na Lei nº 8.666/93, a própria essência do regime jurídico especial próprio, típico, dos contratos administrativos; o artigo 59, que trata da teoria das nulidades dos contratos administrativos; e os artigos 60 e 61, que apenas cuidam das formalidades de celebração dos contratos administrativos, e que, aliás, seriam perfeitamente dispensáveis, em uma lei que se intitula de *normas gerais*;

f) — é de notar-se que, nessa enumeração de dispositivos sobre os contratos, a Lei não inclui alguns muito importantes, quais sejam o art. 56, relativo às garantias contratuais, e o 57, que diz respeito à duração dos ajustes, parecendo querer, deliberadamente, submetê-los à égide da legislação civil.

Restam, no espírito do intérprete da Lei, algumas indagações não resolvidas:

1) até que ponto se aplicam tais regras aos “demais contratos, regidos predominantemente pelo direito privado”? Essa determinação se dirige a todos aqueles tradicionalmente regidos pelo direito civil, tais como compra e venda, doação, comodato etc.?

2) quais são as *demais normas gerais* a que se refere o dispositivo? (A pergunta é pertinente porque, no seu art. 1º, a Lei 8.666/93 diz que *todas* suas disposições são normas gerais, e, evidentemente, o enunciado legal não quis dar tal abrangência a sua determinação).

3) Se essa aplicação dos artigos destacados será efetuada, apenas, “no que couber”, o que é cabe, e o que é que não cabe?

Evidentemente, a indagação carece de maior relevância, quanto aos artigos 55, 59, 60 e 61. Mas é de crucial importância, no que se refere ao art. 58, consagrador, justamente, das prerrogativas da Administração Pública na celebração dos contratos administrativos, isto quando, relembremos, a lei se refere aos contratos regidos **PREDOMINANTEMENTE** pelo direito privado.

Ora, à luz da doutrina *retro* exposta, as prerrogativas dos contratos celebrados pela Administração Pública, e regidos (*predominantemente*, é a dicção da Lei) pelas regras do direito privado, *não se presumem*. Deveriam ser mencionadas expressamente, pois. É o que a Lei não faz, pois apenas alude a um vago “no que couber”. Será, então, o Poder público quem, discricionariamente, irá decidir quais as prerrogativas que adotará, nesta ou naquela sua contratação? Em qual irá usar do poder de alterar unilateralmente as cláusulas contratuais? Em qual irá aplicar sanções unilateralmente à parte inadimplente? E em qual irá utilizar-se do seu poder de rescindir, unilateral e antecipadamente, o ajuste celebrado com o particular?

Este é o ponto central da questão, e mais um dos muitos em que a Lei 8.666/93 enseja uma série de perplexidades para sua interpretação.

Com efeito, divide-se extremamente a doutrina de quantos se debruçaram sobre o estudo sistemático das normas da referida Lei, quando comentam os dispositivos citados.

HELY MEIRELLES, que se tem notoriamente por inspirador do Dec.-lei nº 2.300/86, entretanto, assim se manifestava, em relação ao art. 52, § 3º, do aludido diploma, cuja redação era semelhante à atual:

“Consideramos válida a incidência de normas administrativas procedimentais

e de direito financeiro sobre os ajustes privados da Administração, mas discordamos do Estatuto na parte em que lhe concede poder para alterá-los e extingui-los unilateralmente. Trata-se de privilégio injustificado, que atenta frontalmente contra a estabilidade do contrato, um dos princípios básicos desse instituto típico de direito privado, *resultante, a nosso ver, de mera desatenção do legislador*”. (Grifamos). (*Licitação e Contrato Administrativo*, São Paulo, Ed. RT, 1991, 10ª edição, pg. 185, nota de rodapé nº 7).

Tal posicionamento, aliás, se revela extremamente coerente com a admirável conceituação que o inesquecível Mestre faz dos contratos que denomina *contratos semipúblicos*:

“Contrato semipúblico é o firmado entre Administração e particular, pessoa física ou jurídica, com predominância das normas pertinentes do direito privado, mas com as formalidades previstas para os ajustes administrativos e relativa supremacia do Poder Público” (ob. cit., pg. 186).

Aliás, fato mais eloqüente não poderia haver, para demonstrar o pensamento do eminente jurista a respeito da matéria, que o seguinte: a Lei paulista nº 6.544/89, cujo anteprojeto foi de sua integral autoria, não incluiu esse parágrafo no art. 58, que correspondia ao art. 52, do Dec.-lei nº 2.300/86.

MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, em recente comentário, se manifesta no mesmo sentido, a respeito do art. 62, § 3º, da Lei 8.666/93:

“A doutrina sempre considerou a norma uma aberração, descaracterizando uma distinção clássica e criando uma série de embaraços, especialmente nos contratos atípicos. *cabendo ao intérprete limitar as prerrogativas ao essencial*, sob pena de descaracterizar os pactos típicos do direito privado que foram, expressamente, excluídos do direito público no art. 2º da Lei 8.666/93”. (Grifamos).

(*Licitações & Contratos Administrativos*, Rio de Janeiro, ADCOAS, 1994, pg. 171).

Não obstante tais candentes pronunciamentos, fato é que a possível “desatenção” do legislador de 1986 foi encampada pela Lei de 1993/1994: ou pelo afã comodista de repetir o Dec.-lei 2.300/86, ou por entender o legislador, mesmo, necessária a atribuição de tais prerrogativas à Administração, por mais esdrúxula que pareça. Quem, em sã consciência, pode sabê-lo? O fato é que *legem habemus*, e caberá ao intérprete usar do bom senso que revelou MARCOS JURUENA, ao analisar a questão.

Endossamos plenamente a doutrina já exposta, e também entendemos deva o intérprete da Lei limitar aquelas prerrogativas ao essencial, não somente por amor à verdade jurídica, como, também, por um fator que nos parece muito importante: há um sério perigo de que a Administração que celebra tais contratos (semipúblicos, ou de configuração privada, como quer que os denominemos) não encontre particulares que queiram contratar com o Estado, aceitando a imposição das aludidas prerrogativas especiais.

O que muito nos preocupa é a liberdade decisória que a Lei deixa, no caso, à apreciação discricionária da Administração, para definir o que se contém, exatamente, na vaga fórmula legal “o que couber”. Bem sabemos, na prática, o quanto tendem

as Administrações a abusar de suas prerrogativas, ou a nelas introduzirem distorções e desvios inadmissíveis.

3. Contrato de locação celebrado pelo Poder Público

3.1. Como locador de bens públicos a particulares

A locação pode ser empregada como forma de contratação pelo Poder Público por duas maneiras: ou figurando a Administração como *locadora* de bens públicos a particulares, ou figurando, ao inverso, como *locatária* de bens particulares que sejam necessários para o funcionamento de algum serviço público.

A locação só aparece com o tratamento de direito privado, na Lei 8.666/93, quando se trate da segunda hipótese. Cuidando-se da locação de bens públicos a particulares, não há exclusão de normas de direito público. Aliás, a própria Lei de Locações, em seu art. 1º, parágrafo único, alínea *a*, as exclui expressamente do seu âmbito de incidência.

Ou há disposições especiais da lei federal a respeito da matéria (Dec.-lei nº 9.760/46), ou podem as administrações estaduais, ou municipais, que não dispõem de competência para derrogar normas do direito civil, em suas locações, utilizar-se dos institutos administrativos da concessão remunerada de uso de bem público ou da simples cessão de uso, sempre preferíveis às correspondentes formas de direito privado.

3.2. Como locatário de bens particulares, para usos do serviço público

Freqüentemente, necessita a Administração Pública de locar prédios para diferentes usos, em função das necessidades de interesse público, muitas vezes cruciantes.

Sem dúvida, nem sempre dispõem as administrações, sobretudo as estaduais ou municipais, de recursos suficientes para comprarem ou construírem todos os prédios de que realmente necessitam para o funcionamento de sua máquina administrativa.

Por outro lado, nem sempre encontram, disponíveis, prédios em condições verdadeiramente adequadas, que possibilitem uma escolha, uma seleção. Sabemos as condições de pobreza em que vivem mergulhadas as populações dos Municípios, no território deste imenso Brasil. Quantas e quantas vezes, as sedes municipais se compõem apenas de uma praça principal e de uma única rua, mais ou menos extensa, onde se alinham as poucas casas habitáveis, dotadas de um mínimo de requisitos de conforto e de instalações adequadas.

Verifica-se, ainda, uma sensível retração dos possíveis locadores. O povo tem medo, certamente com bastante razão, de estabelecer negócios jurídicos com o Estado todo-poderoso, não ignorando as dificuldades administrativas e processuais que terão, em caso de inadimplência, para obter, em dia, o pagamento das contrapresta-

ções devidas. E acresce o fato muito evidente, sobretudo em comunidades pouco desenvolvidas, de que o povo receia muito “brigar com o Estado”, com aquela arraigada convicção íntima de que, nessa briga, sempre levará a pior a parte mais fraca.

Por todas essas razões, é sempre extremamente difícil à Administração encontrar prédios apropriados para as necessidades de funcionamento de seus serviços, ou, se os encontra, de achar quem os queira alugar ao Estado.

Tais considerações não podem deixar de nortear a tarefa do legislador e, sobretudo, a do intérprete. Observa GASTON JÈZE, muito a propósito, em sábia lição, que “O teórico não pode olvidar nunca que o Direito serve para resolver problemas sociais, econômicos e políticos, e é a vida quem os propõe. Não tem por que imaginar hipóteses. É a vida que os mostra com toda a complexidade, com todos os conflitos de interesses e paixões que constituem a trama das sociedades humanas...”

“Sob todos esses pontos de vista, a missão do teórico vem a completar a do prático. Sem dúvida, a teoria é, antes de tudo, a sistematização dos dados da prática. Não há nem pode existir oposição entre a teoria e a prática: digamos, uma vez mais, que toda teoria que não se acomoda aos fatos leva em si mesma sua condenação, seu *germen* de morte”. (*Los Principios Generales del Derecho Administrativo*, trad. por GARCIA OVIEDO, Madrid, Ed. REUS, 1928, 2ª ed., pgs. 20 e 21).

4. Tratamento da espécie na Lei 8.666/93

4.1 Normas sobre a licitação para locação de bens particulares pelo Poder Público, como regra geral, e o disciplinamento legal de sua dispensa.

A regra geral, para o contrato de locação, é a da realização de prévia licitação. Mas nem sempre, pelos fatos já expostos, é isso possível. Frequentemente, como vimos, configura-se, na prática, a existência de um só imóvel que se adapte aos requisitos desejáveis, e cujo proprietário consinta em locá-lo à Administração Pública.

Segundo os termos do art. 24, inc. X, da Lei em questão, é possível a dispensa da licitação em tais casos, mas desde que atendidos os pressupostos indicados na lei, isto é:

a) é preciso justificar e comprovar, objetivamente, que a escolha do prédio a ser locado foi, realmente, determinada por corresponder plenamente às necessidades de instalação e localização das atividades que a Administração pretende exercer;

b) indispensável se torna que haja uma avaliação prévia do valor do aluguel, o que deverá ser efetuado, preferentemente, por uma comissão de técnicos designada pela Administração, mediante pesquisa do preço corrente de mercado.

Obviamente, pois, o processo de dispensa deverá obedecer ao disposto nos incisos II e III, do parágrafo único do art. 26.

4.2. Conteúdo possível do contrato

A determinação do conteúdo possível das cláusulas do contrato de locação, no caso em que a Administração Pública seja a locatária, deverá obedecer a um triplo enfoque da questão, a saber:

a) o que cabe, ou não, em tal contrato, quanto às normas regedoras dos contratos administrativos em geral, às quais alude o art. 62, § 3º da Lei em comento;

b) o que cabe, ou não, quanto às disposições especiais da Lei nº 8.425/91, regedora das locações de prédios urbanos;

c) a incidência das normas econômico-financeiras-monetárias, de ordem pública, relativas à implantação do Plano Real, sobre as estipulações contratuais.

5. *Contribuição para uma definição teórica do conteúdo das cláusulas dos contratos em que a Administração figura como locatária*

5.1. O que cabe, e o que não cabe, dentre as prerrogativas previstas no art. 62, § 3º, da Lei nº 8.666/93

Quanto à enumeração das cláusulas essenciais do contrato, conforme o que dispõe o art. 55 da Lei, cabem algumas necessárias adaptações.

Se, como já referimos, o Estado, mesmo ao celebrar contratos que se dizem predominantemente regidos pelo direito privado, não pode despojar-se das sujeições e limitações que lhe são impostas pelo princípio da indisponibilidade do interesse público, então são imperativas as cláusulas relativas aos incs. V (Indicação dos créditos orçamentários pelos quais correrá a despesa), XI (vinculação contratual ao edital ou convite da licitação, bem como aos termos da proposta vencedora), XII (menção expressa da legislação aplicável ao ajuste).

Relativamente às cláusulas pertinentes ao preço, condições de pagamento, critério, data-base e periodicidade do reajustamento e critérios de atualização monetária das obrigações, efetivamente são as mesmas necessárias e até imprescindíveis no contrato. Deverão prevalecer, entretanto, sobre a vontade das partes, as disposições de ordem pública da legislação relativa ao Plano Real.

Na parte relativa à duração do contrato (inc. VI) e das garantias oferecidas pelo locatário (inc. VII), há de prevalecer a legislação civil aplicável às locações, já que tais dispositivos não foram expressamente destacados pelo art. 62, § 3º, da Lei 8.666/93, e, evidentemente, não se adaptariam às peculiaridades do contrato de locação.

Quanto às prerrogativas estabelecidas no art. 58, em princípio não teriam lugar em um contrato regido pelo direito privado. Mas, como a Lei diz que elas serão obedecidas “no que couber”, e em homenagem àqueles que enxergam no multicitado dispositivo legal um deliberado propósito do legislador no sentido de publicizar o contrato de locação, procuremos descer à interpretação de cada um dos seus incisos:

Inc. I — modificação unilateral do ajustado, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado.

Parece-nos que, efetivamente, pode haver casos em que a Administração se veja na contingência de alterar o ajuste, unilateralmente, se efetivamente ocorrer uma relevante necessidade de interesse público. Pois, indubitavelmente, a Administração Pública não é um locatário comum, tem necessidades e peculiaridades que não poderiam estar previstas em legislação especial direcionada para outras realidades.

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.

JESSÉ TORRES inclui, entre as prerrogativas que laboram em favor da prevalência do interesse público, mesmo em tais contratos de figuração privada, esta de alteração unilateral do ajuste:

((b) o dever-poder, reconhecido à Administração, de modificá-los unilateralmente, com o fim de, sem toldar os direitos do coobrigado privado, melhor ajustar a prestação contratada aos interesses do serviço, recompondo-se por consenso o equilíbrio econômico-financeiro acaso rompido pelas modificações (Art. 58)”. (*Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*, Rio de Janeiro, RENOVAR, 1994, 2ª ed., pg. 381.)

Inc. II — possibilidade de rescisão unilateral do ajuste, nos casos especificados no inc. I do art. 79 da Lei 8.666/93.

O inc. I do art. 79, supra citado, reporta-se, por sua vez, às diversas hipóteses previstas nos incisos I a XII e XVII do art. 78, todos da Lei 8.666/93.

Dessas hipóteses, as únicas que poderiam ser invocadas, no caso, pela Administração locatária, seriam as do inc. XII — rescisão contratual por motivo de interesse público de alta relevância e conhecimento público, e do inc. XVII — caso fortuito e força maior.

Pensamos, no caso da rescisão por motivo de interesse público, em uma hipótese bem factível. No Estado da Bahia, está sendo realizado, pelo Poder Judiciário, um grande esforço para a construção de novos Fóruns, no interior do Estado. Anuncia-se que, ainda este ano, em mais de trinta comarcas, os serviços judiciários, atualmente espalhados por várias casas alugadas, irão ser centralizados nos edifícios-sede que irão ser inaugurados. Esta é uma situação que bem configura o surgimento de uma necessidade de interesse público relevante, indubitosa, incontestável.

Seria esta uma hipótese em que a Administração dos serviços judiciários teria de rescindir unilateral e antecipadamente aquelas locações, naturalmente mediante o pagamento da indenização que a Lei 8.666/93 prevê, em seu art. 79, § 2º.

Note-se que, nesse caso, a situação poderá não estar suficientemente resguardada pela aplicação da regra do art. 4º da Lei nº 8.245/91. Pelo menos, examinamos vários contratos de locação celebrados por órgãos públicos, dos quais não consta *nenhuma* cláusula pactuando multa pela devolução antecipada do imóvel pelo locatário. Na

inexistência de tal cláusula, a Lei de Locações prevê sua estipulação judicial. Ora, será muito mais vantajoso, para ambas as partes, que, nesse caso, seja aplicada a norma da Lei 8.666/93, a qual, ao invés disso, assegura não só a possibilidade de devolução imediata do imóvel locado, por parte da Administração — locatária, como, também, a obrigação, para esta, de indenizar o locador dos prejuízos ocorridos. Ora, tudo isso pode ocorrer exclusivamente na esfera administrativa.

Quanto à possibilidade da ocorrência de caso fortuito ou força maior, esta pode verificar-se em qualquer contrato, público ou privado, e a lei civil contém previsão para a espécie. A diferença está em que a Lei 8.666, no art. 79, § 2º, inclui a hipótese prevista no art. 78, inc XVII (ocorrência de caso fortuito ou força maior) entre as ensejadoras de indenização do prejudicado.

A não ser nos dois casos acima referidos, não encontramos nenhuma, das demais hipóteses de rescisão administrativa, que se possa, adequadamente, aplicar a contratos da Administração-locatária.

Talvez não seja irrelevante acentuar, por oportuno, que, nos dois casos apontados, a utilização das prerrogativas da Administração redundaria, afinal, em maior benefício para o particular-locador.

Ainda em relação aos §§ 1º e 2º, do art. 58, temos notícia de casos concretos em que a Administração tem utilizado essas disposições para resolver difíceis situações em que, seja por aplicação das normas das leis de locações, seja por implicações das sucessivas medidas econômico-financeiras do Governo Federal, através de seus Planos, é seriamente perturbado o equilíbrio econômico-financeiro inicial da contratação, porque o preço da locação veio a tornar-se extremamente aviltado pela inflação.

Mais uma vez, trata-se de aplicação de cláusulas “exorbitantes” dos contratos administrativos. Porque, nunca é demais lembrar a lição de BÉNOIT, entre tais cláusulas, são talvez as mais “exorbitantes” as que procuram resguardar de possíveis prejuízos quem contrata com o Poder Público. Segundo entendemos, domina toda a execução do contrato administrativo a concepção aristotélica do *justo corretivo*, pela qual se procura evitar que qualquer das partes contratantes venha a ser prejudicada na execução do ajuste.

Quanto ao art. 59, da Lei 8.666/93, há plena aplicabilidade de suas disposições, nos contratos de locação em comento. É certo que a Lei especial de locações tem suas próprias nulidades, estabelecidas no seu art. 45, que não de ser respeitadas. Mas as nulidades previstas na Lei 8.666/93 decorrem da posição especial da Administração, com suas indeclináveis e inafastáveis sujeições de potestade pública. Pense-se, por exemplo, nas hipóteses, que lembramos a esmo, de nulidade da licitação ou do processo administrativo de sua dispensa; de celebração do contrato por autoridade incompetente; do contrato celebrado com infringência da obrigatoriedade (constitucional, nos termos do art. 167, inc. II) da indicação dos recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações pactuadas. Em todos esses casos, impõe-se, para o locatário, por ser *Administração Pública*, o dever de argüir e decretar a nulidade do ajuste, embora suas razões determinantes nada tenham a ser, em si, com as normas especiais de locações.

Os arts. 60 e 61 dispensam maiores comentários, porquanto, como já assinalado, tratam apenas de formalidades burocráticas.

5.2. Aplicabilidade de normas da Lei nº 8.245/91

Como vimos, em princípio aplicam-se, como regra geral, às locações em que a Administração Pública figura como inquilina, as normas da legislação específica sobre inquilinato, *mas também, advertimos, “no que couber”*. Regras há, nessa legislação, que nada têm, por sua vez, a ver com a disciplina das relações jurídicas com esse locatário incomum, e, às vezes, muito complicado, ante a massa de normas que limitam e entram sua atuação no mundo dos contratos.

Há que ressaltar, ainda, a posição peculiar das partes, nesse tipo de relação jurídica travada sob a égide da Lei de Locações, mas tipificada pela existência de certas prerrogativas de direito público, em prol do locatário.

De um lado, na Lei nº 8.245/91, há normas que conferem certa proteção especial aos locatários — e a Administração, como inquilina, delas se beneficia.

De outra parte, cuidando-se de contrato celebrado pela Administração Pública, o locador há de ser tratado, em certas circunstâncias, na posição de *licitante* e de *contratado*, com as amplas conseqüências que daí resultam, como, por exemplo, a obrigatoriedade de preservação do equilíbrio econômico-financeiro do ajuste, e, dessa vez, é ele o protegido.

Cumpra ainda não esquecer, mais uma vez, de qualquer sorte, a Administração Pública, como locatária, carrega, consigo, o fardo de suas sujeições de potestade pública, indeclináveis e inafastáveis.

Mas, alerta JESSÉ TORRES, a Lei 8.666/93 não exonerou a Administração das obrigações que lhe couberem segundo o contrato e seu regime de predominância privada:

“Assim, ilustre-se, se o Estado, locatário de bem imóvel, não honra os aluguéis mensais, sujeitar-se-á à ação de despejo por falta de pagamento como qualquer inquilino inadimplente. A proteção do interesse público — *ultima ratio* da consagração daquelas prerrogativas — não se compadece com violações de direitos previstos na ordem jurídica, nem com atentados à lei ou ao contrato em suas disposições comutativas” (ob. cit., *ibidem*).

Assim, pois, impõem-se, amplamente, à Administração, como locatária, os deveres e as responsabilidades por encargos, prescritos pelo art. 23, I a XII, e §§ 1º, 2º e 3º, da Lei nº 8.245/91; a possibilidade de interposição, contra a mesma, da ação revisional dos aluguéis pelo locador (art. 19); como, também, em geral, contra a mesma cabem as ações de despejo previstas na lei.

Vale ressaltar que, no geral, não dispõe a Administração de prazos privilegiados para despejo. Não se trata de omissão porque, quando o legislador quis, estabeleceu uma certa proteção — mas muito relativa — em relação às repartições públicas e outros estabelecimentos, tais como os hospitalares e de ensino (art. 9º, inc. IV — reparos urgentes, determinados pelo Poder Público —, e art. 53, inc. II — retomada pelo locador para a realização de construção mais útil). A regra que vige é a de que,

em relação ao despejo, não se estabelecem prerrogativas para a Administração, embora possa haver sérios interesses públicos envolvidos no funcionamento contínuo de seus serviços. Esses interesses não estão, fácil é de ver-se, suficientemente protegidos pela legislação locatícia. Porém, dentro do regime jurídico predominante de tais contratos, suas exceções *não se presumem* em favor do Poder Público.

Observa-se, também, a regra inversa: a Administração locatária pode exigir o cumprimento dos deveres do locador — art. 22, I a X, e parágrafo único —, e fazer valer, em relação ao mesmo, os seus direitos de preferência, no caso de alienação do bem locado (arts. 27 a 34) e de retenção das benfeitorias (arts. 35 e 36). E assim por diante.

5.3. Incidência das normas de ordem pública do Plano Real

Como vimos, a matéria relativa aos preços de aluguéis das locações tem sofrido a incidência de leis de ordem pública, que prevalecem, afinal, sobre a vontade contratual das partes. Assim vem ocorrendo, como não poderia deixar de ser, com o conjunto de Leis e Medidas Provisórias que compõem o chamado Plano Real para estabilização econômica do País.

Vale ressaltar que, em relação aos contratos de locação, essa legislação previu, através das sucessivas Medidas Provisórias que foram convertidas, afina, na Lei de nº 9.069/95, a possibilidade de revisão dos aluguéis pactuados e convertidos em real, a partir de 1º de janeiro de 1995, através de livre negociação entre as partes, nas hipóteses em que haja ocorrido desequilíbrio econômico-financeiro, para adequá-los aos preços de mercado, ressaltando, ainda, o direito à ação revisional de que trata a Lei nº 8.245/91. Ditas normas se referem às locações residenciais, mas não vemos por que não se aplicariam, também, em relação àquelas locações não-residenciais em que a Administração figura como locatária.

A tanto autoriza, a nosso ver, o fato de que a Lei nº 8.666/93 prevê a aplicação, em tais contratos, das regras do art. 58, entre as quais se inclui, justamente, a preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados pela Administração Pública.

6. *Vivenciamento prático do problema, em diversas experiências administrativas consultadas*

À luz da luminosa lição de JÈZE, procuramos pesquisar, junto a órgãos da Administração Pública — sobretudo do Estado da Bahia —, como se vêm comportando tais contratações, na realidade prática. Pois, como já salientamos, a Lei 8.666/93 não é clara a respeito da espécie, deixando uma larga margem de apreciação discricionária à Administração Pública para que esta aplique suas prerrogativas aos contratos regidos predominantemente pelo direito privado, na interpretação do que se contém na ampla expressão *NO QUE COUBER*, e na vaga enunciação das *DEMAIS NORMAS GERAIS* não explicitamente destacadas pelo art. 62, § 3º.

Como já era de se esperar, nessa pesquisa, embora aligeirada e efetuada em área restrita, encontramos, a respeito da matéria, procedimentos extremamente diversificados, nos setores, denunciando a falta de uma orientação doutrinária mais segura.

Eis algumas conclusões a que chegamos, a respeito de como vêm sendo praticamente realizados os comandos das leis regedoras da espécie — a de nº 8.666/93 e a de nº 8.245/91:

1. Em regra, tais contratos vêm sendo celebrados com obediência à Lei de Locações, sendo poucos os que também se referem à incidência da Lei 8.666/93.

2. Reina diversidade de orientação, quanto ao prazo das locações.

É certo que a Lei 8.666/93 não se referiu à espécie, diferentemente do Dec.-lei nº 2.300/86, que, no art. 47, § 3º, excepcionava expressamente, do limite máximo quinquenal, as contratações para a locação de bens imóveis para o serviço público. É certo, também, que a Lei nº 8.245, em seu art. 56, parágrafo único, dispõe sobre a prorrogação automática dos contratos, em locações não-residenciais, se o locatário permanecer no imóvel por mais de trinta dias, sem oposição do locador, convertendo-se os mesmos, assim, em contratos por prazo indeterminado, sem limite de duração.

Não obstante, em muitos setores nota-se a preocupação de estipularem os contratos o prazo de doze meses, e de serem os mesmos prorrogados ou “renovados” anualmente, através de termo aditivo, certamente para indicação das dotações orçamentárias específicas.

Recentemente, em louvável iniciativa, a Secretaria de Administração do Estado do Paraná aprovou, através da Resolução nº 2.462, de 19 de julho deste ano, um Manual de Procedimentos de Locações de Imóveis. Nesse Manual, estipula-se que o contrato vencido, que não tiver sido renovado até 60 dias antes do término do prazo contratual, será tratado como uma nova locação, impondo-se, obrigatoriamente, em cada renovação ou recontração, a obrigatoriedade de “nova avaliação do imóvel, nos termos do art. 24, inc. X, da Lei nº 8.666/93”. Já entende a Procuradoria Geral do Estado da Bahia, através de sua Especializada de Atos e Contratos, que as prorrogações do contrato deverão ser formalizadas em termo aditivo, descabendo, entretanto, nova avaliação.

3. A prerrogativa de rescisão unilateral do contrato pela Administração, “a qualquer tempo”, aparece em alguns ajustes, e nem sempre com a observância das próprias limitações que a Lei 8.666/93 impõe.

Por exemplo, na minuta-padrão que acompanha o Manual de Procedimentos do Paraná, figura uma cláusula segundo a qual o órgão público se reserva o direito de denúncia unilateral, a qualquer tempo, do contrato, desde que o comunique ao locador, com a antecedência mínima de 60 dias. Nada se estipula, entretanto, sobre o pagamento de qualquer indenização ao locador, nem, muito menos, sobre o cumprimento da Lei 8.245/91, a respeito da rescisão antecipada do contrato pelo locatário, e da estipulação da multa devida. É claro que a simples comunicação antecipada não supriria as determinações, a respeito, das duas legislações aplicáveis à espécie.

Com variantes, aparece a mesma cláusula em outros contratos celebrados na área da Administração do Estado da Bahia (Secretaria da Educação).

Já em contratos de locação de imóveis particulares firmados pelo Tribunal de

Justiça do Estado do Rio de Janeiro, conforme minuta transcrita na obra de NAGIB SLAIBI FILHO, *Comentários à Nova Lei do Inquilinato*, aparece a mesma cláusula, com a ressalva de que, nesse caso, *não terá o locatário a obrigação de pagar multa ou indenização de qualquer espécie*. Desobedece-se, assim, expressamente, de uma penada, à Lei nº 8.245/91, quanto à multa, e à Lei 8.666/93, quanto à indenização pela rescisão antecipada do contrato pela Administração.

Quanto à possível prerrogativa da Administração-locatária, de alterar unilateralmente as condições do contrato, por motivo de interesse público, é taxativo o Manual de Procedimento de Locações de Imóveis do Paraná, em renunciar à mesma, ao dispor que a sublocação, o empréstimo ou a cessão do imóvel locado, parcial ou total, é vedada, salvo se expressamente autorizada pelo *locador*.

4. Encontramos, em contratos celebrados pelo Tribunal de Contas dos Municípios da Bahia, uma cláusula no mínimo curiosa: a obrigação, imposta ao Poder Público-locatário, de prestação de fiança bancária, no caso de atraso de pagamentos dos aluguéis por mais de três meses, sob pena de rescisão do ajuste, “de pleno direito”.

5. Em contratos de locação celebrados pelo IPRAJ — autarquia vinculada ao Poder Judiciário baiano — e em outros, apreciados pela Procuradoria Geral do Estado, verificamos a admissibilidade da aplicação da revisão do valor da locação, em obediência ao princípio do resguardo do equilíbrio econômico-financeiro da contratação, em casos de locação de imóveis, em que, após a conversão de seus valores em real, e aplicadas todas as correções devidas, ficaria o aluguel estipulado em preço irrisório, à vista daqueles praticados no mercado: algo como vinte e poucos reais, em um dos casos que examinamos.

Nesses casos, têm os órgãos jurídicos admitido a revisão do aluguel, após o prazo de locação previsto pela Lei nº 8.245/91 para a ação de revisão judicial, mas por via exclusivamente administrativa.

6. Como não poderia deixar de ser, entretanto, é uma tônica geral, nos contratos examinados, sem discrepância, a observância geral dos princípios de direito público quanto à finalidade, competência, formalidade e publicidade de tais ajustes.

Em conclusão, entendemos que a matéria relativa à locação de bens particulares pelo Poder Público é extremamente delicada, em suas especiais conotações, na medida em que envolve relevantes aspectos sociais e o atendimento de necessidades não menos relevantes do interesse público. Bem por isso, merece ser disciplinada com maior cuidado, pois não se trata de *mais um*, entre os contratos regidos predominantemente por normas de direito privado. Bem ao contrário, trata-se de uma espécie contratual disciplinada por legislação própria, com regras especiais, nas quais se verifica uma notável interferência de normas de ordem pública que prevalecem sobre a própria vontade das partes. Essa legislação, por sua vez, é ditada, em princípio, pela satisfação de necessidades sociais bastante específicas e bem diversificadas, onde não há muito lugar para a apreciação das necessidades específicas de funcionamento dos órgãos do Poder Público e do aparelhamento estatal, as quais, por sua vez, se ressentem de mais adequada proteção.

Exemplo digno de louvor e imitação é o esforço que está sendo desenvolvido

pelo Estado do Paraná, para disciplinar adequada e uniformemente a espécie, embora, certamente, ainda mereça ser bastante aperfeiçoado em certos pontos.

Pois o que se verifica, em geral, em face das imprecisões da Lei 8.666/93 é a falta de uniformidade normativa, de orientação segura, e até mesmo de maior estudo sobre o assunto.

Como, em regra, o particular ou simplesmente evita locar ao Poder Público, ou, decidindo fazê-lo, passa a evitar questionamentos com esse locatário todo-poderoso, a bem dizer não é, em geral, sentida a premência de tais disciplinamentos. Nem por isso se torna menos necessária, pois sua falta poderá vir a ensejar, em certos casos, conseqüências muito sérias para os superiores interesses da coletividade.

BIBLIOGRAFIA

HELIVELLES MEIRELLES — *Licitação e Contrato Administrativo*, S. Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1991 — 10ª edição.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO — *Temos Polêmicos sobre Licitações e Contratos* — S. Paulo, Malheiros Editora, 1994.

Do Direito Privado na Administração Pública — S. Paulo, Ed. Atlas, 1989.

JOSÉ CRETILLA JR. — *Das Licitações Públicas* — Rio de Janeiro, Forense, 1994.

CARLOS ARI SUNDFELD — *Licitação e Contrato Administrativo*, S. Paulo, Malheiros Editora, 1994.

TOSHIO MUKAI — *Contratos Públicos* — S. Paulo, Forense Universitária, 1995.

LAFAYETTE PONDÉ — A Vontade Privada na Formação ou na Eficácia do Ato Administrativo — *Revista de Direito Administrativo*, vol. 29: 16-29.

AGUSTIN GORDILLO — *Los Contratos Administrativos*, in *Contratos Administrativos — Regimenes de Pago y Actualización* — Buenos Aires, ASTREA, 1988, tomo I.

MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO — *Licitações & Contratos Administrativos*, Rio de Janeiro, ADCOAS, 1994, pg. 171.

GASTON JÈZE — *Los Principios Generales del Derecho Administrativo*, trad. por GARCIA OVIEDO, Madrid, Ed. REUS, 1928, 2ª edição.

JESSÉ TORRES — *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*, Rio de Janeiro, RENOVAR, 1994, 2ª ed.

NAGIB SLAIBI FILHO, *Comentários à Nova Lei do Inquilinato*, Rio de Janeiro, FORENSE, 1995, 7ª ed.

ANDRÉ DE LAUBADÈRE, PIERRE DELVOLVÉ e FRANCK MODERNE, *Contrats Administratifs*, Paris, LGDJ, 1983, 1º tomo.

MARCIO JUSTEN FILHO — *Comentários à Lei de Licitações*, Rio de Janeiro, AIDE, 1994, 3ª ed.

MARIA HELENA DINIZ — *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, S. Paulo, Saraiva, 1993 — vol. 2.

JUAN CASSAGNE — *Los Contratos de la Administración Pública*, in *Contratos Administrativos — Regimenes de Pago y Atualización* — Buenos Aires, ASTREA, 1988, tomo I.

EDUARDO GARCIA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNANDEZ — *Curso de Direito Administrativo*, S. Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1991.

MIGUEL ÂNGEL BERÇAITZ — *Teoría General de los Contratos Administrativos*, Buenos Aires, DEPALMA, 1980, 2ª edição.

JOSÉ ROBERTO DROMI — *Instituciones de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, ASTREA, 1983.

DIOGENES GASPARINI — *Contratos de Direito Privado*, in *Rev. de Direito Público*, vol. 83: 267-269.

RUY CIRNE LIMA — *Contratos Administrativos e Atos de Comércio* — in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 32: 16-26.

FRANCIS-PAUL BÉNOIT — *Le Droit Administratif Français*, Paris, DALL-LOZ, 1968.

SYLVIO CAPANEMA DE SOUZA — *A Nova Lei do Inquilinato Comentada*, Rio de Janeiro, Forense, 1992, 2ª edição.