DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

JOSÉ SALDANHA DA GAMA E SILVA

SUMÁRIO: *I — Conceituação dos contratos administrativos dentro do Direito Público ou do Direito Privado. II — O determinismo histórico de o Estado ter de contratar com os particulares. A situação presente e a vigência dos princípios hedonísticos. A plethora administrativa e a racionalização das formas contratuais. III — A vontade estatal e a vontade individual. Prevalência da órbita estatal e as conventionis juris gentium. IV — A evolução do conceito de contrato. Diferença entre o nexum — vínculo essencial — e o contrato — vínculo formal. V — O formalismo do pacto administrativo. A conventio administrativa e as características dos contratos de marché-de-gré-à-gré. A pollicitatio como instrumento de accordage. A tendência atual para a uniformidade e a impessoalidade dos contratos. VI — A impossibilidade de uma diferenciação completa entre o Direito Público e o Direito Privado. A reciprocidade de condicionamento entre o Direito Público e o Direito Privado. VII — Falência das classificações atuais. Predominância do interesse coletivo. Classificação teleológica para os contratos administrativos.*

I — Dificilmente poderíamos encontrar assunto mais versado que os contratos administrativos. Problema de todos os dias, vem tentando a argúcia dos mais abalizados tratadistas do Direito Público — de DUGUIT a GABINO FRAGA; de LABAND a ADOLF GIAQUINTO.

Entre nós, a matéria tem apaixonado os estudiosos. Além de merecer o carinho especial dos nossos mais conhecidos, tratadistas do Direito Administrativo — de URUGUAI a TEMÍSTOCLES CAVALCANTI ou MATOS DE VASCONCELOS — tem servido não raro de assunto para algumas teses, ora de um professor renomado, como a do Prof. MÁRIO MAZAGÃO¹, onde o assunto vem profusamente tratado; ora de um estudante desconhecido, como a do então universitário MANUEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO², onde a exaltação do adolescente supre a bisonhice do jurista.

1 MÁRIO MAZAGÃO, *Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público*, São Paulo, 1933.

2 MANUEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, *Concessão de Serviços Públicos em Direito Administrativo* (tese apresentada ao 1.º Congresso Jurídico Universitário do Brasil, reunido na cidade do Salvador), Curitiba, 1936.

Se indagarmos da razão de todo êsse empenho em discutir o problema, a resposta ocorrerá pronta: difficilmente poderemos encontrar assunto mais controvertido que os contratos administrativos.

Questão mais velha que os próprios contratos de Direito Privado — já que a *locatio conductio operis* (contrato entre a Administração e o particular, segundo o qual êste se obrigava a realizar determinada obra pública) surgiu em Roma antes de serem conhecidas as fórmulas de contrato privado³ — os contratos administrativos até hoje vêm sendo debatidos de mil e uma formas, por mil e um autores, os quais divergem sistematicamente, a não ser quando seguem o mesmo mestre.

Nota-se mesmo uma tradição — que felizmente não é só brasileira — sem dúvida abalizada naqueles três exuberantes volumes que JÈZE encheu para salientar as difficuldades dos chamados contratos administrativos, segundo a qual se é logo obrigado a decidir: a favor de JÈZE, ou contra JÈZE?

E' que GASTON JÈZE, tentando conciliar os elementos de formação e os elementos de execução dos contratos administrativos, parece ter definitivamente controvertido a matéria. Enumerando seus quatro "elementos essenciais" à formação dos contratos (I — acôrdo de vontades; II — acôrdo *bilateral* de vontades — frisou logo depois; III — criação de uma situação jurídica; IV — que a situação jurídica surgida seja *individual* e não *geral*)⁴, e, glosando estas quatro inflexíveis máximas, explica que nem todo acôrdo de vontades é contrato, levando-nos até a duvidar da existência dos contratos administrativos, tais as limitações que lhes impõe, confiante em que a idéia de justiça pode aqui ter outras conseqüências muito diversas daquela que rege os contratos particulares.

Dêsse modo, se no primeiro e terceiro volumes de sua obra citada estuda a formação e execução dos contratos administrativos, dentro do Direito Público francês, no segundo volume chega a afirmar que aquelas relações contratuais resultam não das fórmulas que as regem, mas das idéias que estas porventura exprimam⁵, o que sem dúvida impugna tècnicamente a validade formal de qualquer contrato, levando-o à situação de mero pacto, sujeito mesmo à teoria da imprevisão, como se estuda no seu terceiro volume.

Entre nós, a maioria vai aceitando o célebre autor francês, embora procuremos identificar seus requisitos com os dos contratos de Direito Privado. Veja-se, por exemplo JOSÉ MATOS DE VASCONCELOS, que coteja os fundamentos basilares entre uns e outros — acôrdo de vontades; objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei; capacidade das partes — para terminar afirmando que seus pontos de divergência constituem apenas "elementos específicos, próprios, tendo em vista a finalidade ditada pelo interesse público em jogo, quanto à estipulação, aprovação e execução dos mesmos contratos"⁶.

Assim, também, entre outros, GUIMARÃES MENEGALE e TITO PRATES DA FONSECA, que terminam por, dando ao interesse público "precedência" sobre interesse privado, reconhecer a completa autonomia dos contratos administrativos, "que são de direito público, distintos dos de direito civil"⁷.

3 Veja-se OTTO MAYER, *Histoire du Droit Romain*, Paris, 1907, livro I, seção II, cap. III.

4 GASTON JÈZE, *Les Contrats Administratifs de l'Etat, des Départements, des Communes et des établissements Publics*, Paris, 1927, vol. II, pág. 5.

5 JÈZE, op. cit., II, pág. 205.

6 JOSÉ MATOS DE VASCONCELOS, *Direito Administrativo*, Rio, 1937, vol. II, pág. 223.

7 J. GUIMARÃES MENEGALE, *Direito Administrativo e Ciência da Administração*, Rio, 1938-1939, tomo II, págs. 175 e segs.

Na literatura universal as controvérsias são muito mais acirradas, sustentando-se por luminares como Kelsen, Laband ou Jelineck; Carnelutti, Raggi ou Santi Romano.

Já vimos, em primeiro lugar, aquêles que invalidam a existência técnica dos contratos administrativos, como Jêze e Otto Mayer, para os quais, afinal, os atos qualificados como contratos administrativos não passam de simples atos administrativos.

Em segundo lugar, podemos citar aquêles que, ao contrário, emprestam aos contratos administrativos caracteres de veros contratos de Direito Público, como Cino Vitta, Forti ou o japonês Yorodzu Oda, que lembra, por exemplo, o perfeito acôrdo de vontades entre órgãos da Administração Pública⁸.

Em terceiro lugar, podemos citar autores como Mário Gallo, premiado em 1934 pelo Istituto Nazionale di Previdenza e Mutualità — expoente da moderna corrente italiana — que, fazendo distinção entre as noções de unilateralidade e bilateralidade no Direito Público e no Direito Privado, admite apenas haver no caso não uma *contratualidade substancial*, mas simplesmente *formal*⁹.

Em quarto lugar, temos os tratadistas que dão aos contratos administrativos as mesmas características dos contratos privados, equiparando-os, filiados todos à tese universalista de Léon Duguit¹⁰, para quem os caracteres contratuais são sempre os mesmos, em qualquer espécie de contrato.

Como representante extremo desta última corrente, podemos salientar Rafael Bielsa, cuja tese chega a classificar taxativamente certos contratos administrativos como verdadeiros contratos de direito privado, como se vê: “se não se trata de satisfazer um serviço dessa índole (prestação de utilidade pública) a Administração Pública se colocará no mesmo plano que os particulares; então, o contrato será de direito privado”¹¹.

Como se percebe, rebuscando alguns autores, chegamos a discernir as mais contraditórias convicções, desde aquelas que negam a existência dos contratos administrativos, àquelas que os encaram como categoria à parte, e até mesmo àquelas que os confundem com os contratos de direito privado.

Daí porque tal disparidade de opiniões chegou a desencorajar um dos grandes especialistas na matéria — Jean Rouvière — que confessou, vencido: “a conclusão à qual se é obrigado a chegar é a seguinte: todos os esforços tentados para destacar os caracteres distintivos dos contratos administrativos, para inseri-los em uma só fórmula, foram baldados. Este fracasso era inevitável. Em verdade, os contratos administrativos jogam, em essência, com todos os princípios e regras do Direito Administrativo. Estes princípios e estas regras são muito numerosos. Sua importância cresce com o Direito Administrativo. E não é possível salientar em uma única fórmula os caracteres de todos os contratos concluídos dentro deste vasto domínio”¹².

Ciosos desta verdade, buscaremos aqui ventilar o problema, tentando um paradoxo: alargar-lhe os termos para simplificar-lhe a solução.

II — O determinismo de o Estado ter que pactuar com os particulares vem de longe. Já na era antecristã os gregos elegiam anualmente seus dez tesoureiros — *hellenotamniai*, a cuja presença os responsáveis por qualquer função administrativa vinham prestar contas; aquêles, por sua vez, prestavam

8 YORODZU ODA, *Principes du Droit Administratif du Japon*, Paris, 1928, pág. 85.

9 MÁRIO GALLO, *I rapporti contrattuali nel Diritto Amministrativo*, Padua, 1936, pág. 119.

10 LÉON DUGUIT, *Le Droit Constitutionnel*, Paris, 1923, vol. III, pág. 41.

11 RAFAEL BIELSA, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1937, tomo I, pág. 255.

12 JEAN ROUVIÈRE, *Les Contrats Administratifs, leurs caractères distinctifs d'après la jurisprudence*, Paris, 1930, pág. 44.

contas ao povo. Como se vê, método democrático de tomada de contas *a posteriori*, com perfeito sistema de controle administrativo interno e externo...

Mas outras formas de relações entre o Estado e o particular se foram desenvolvendo, como a concorrência pública para a venda das presas de guerra; assim, já no direito romano vamos encontrar a *sub-asta*, processo de licitação para aquêle fim.

Este processo de concorrência — sintoma claro de acôrdo de vontades — se vai tornando usual: o código de Justiniano, por exemplo, consigna o regime da venda de bens fiscaes em *hasta pública*, e mais tarde poderemos encontrar verdadeiros contratos administrativos — como o já mencionado de *locatio conductio operis* — que se efetuavam mediante concorrência pública, conforme nos ensina MAYR¹³.

Lembre-se também que Justiniano autorizava a expropriação de imóveis pertencentes aos eclesiásticos — não obstante seus privilégios — em razão de um instituto de *utilitatem reipublicae respiciens*, mediante uma indenização prévia, a *indemnitate servata*¹⁴.

Passado o feudalismo, os estados neo-surgentes imitam a velha lição romana: Henrique IV, na França do século XVI, baixa ordenanças sôbre as obras públicas. E se o século XVII viu em Colbert um ardente defensor do regime de concorrência, o século XIX veria no Regulamento Geral de Contabilidade a consagração daquelas antigas normas.

O exemplo francês corre mundo, passa à Inglaterra, à Itália, etc., alargando o sistema de licitações e adjudicações privadas que caracterizam ainda hoje um vero regime de *marché-de-gré-à-gré*.

No momento presente, o tema se esbordou agudamente, apresentando aspectos distintos, não só jurídicos e contábeis, mas também administrativos e financeiros, econômicos e sociais.

O crescimento cotidiano das funções do Estado e os seus variegados problemas de subsistência tornam anacrônicos e sedícios os cânones do passado: tendendo a uma base cada vez mais de índole econômica, a gestão financeira do Estado vai descambiando para o princípio hedonístico, no seu mais amplo significado socialista.

Assim, multiplicam-se os contratos da Administração, tendo por objeto: ora a provisão de materiais de tôda espécie; ora a execução de obras públicas; ora a realização de serviços de transporte, de luz, de fôrça motriz, etc. Acrescentem-se ainda os contratos de locação de serviços, e outros tantos relativos a uma infinidade de elementos técnicos, que vão passando ao Govêrno a responsabilidade de certos serviços e mesmo de certas indústrias.

Dêsse modo, podemos hoje sorrir da candura de ARTHUR S. THOMAS, que ainda em 1919 escrevia¹⁵: “comparado com o problema de compras de algumas de nossas grandes empresas, as compras do govêrno são um problema infimo. Os negócios do govêrno são, em sua maior parte, rotineiros, tornados facilmente exequíveis por uma organização adequada e pela prática de planejar o problema total das compras com grande antecedência das necessidades imediatas”.

¹³ ROBERT VON MAYR, *Historia del Derecho Romano*, Barcelona, 1926, livro I, sec. II, cap. III.

¹⁴ *Apud* RECARDO FERNANDEZ VELASCO, *Los Contratos Administrativos*, Madrid, 1922, pág. 53.

¹⁵ ARTHUR S. THOMAS, *Principles of Government Purchasing*, New York, 1919, pág. 3.

E termina: “o curso dos negócios do governo é, via de regra, plácido, em confronto com as necessidades urgentes de uma estrada de ferro ou uma grande empresa industrial”...

Hoje, a realidade é muito outra; e o problema ainda mais se complica quando sabemos que, em razão mesmo de sua crescente complexidade, as práticas contratuais entre a Administração e o particular vão buscando um simplismo factício, firmando-se espontaneamente em algumas regras práticas que autores como JÈZE tentariam esquematizar.

A plethora administrativa vai exigindo racionalização até do modo de contratar. Assim, vai se tornando cada vez mais difícil identificar os contratos administrativos, pois que, na realidade, eles se perderam num processo natural de simplificação, em que se vão reduzindo os trâmites das convenções solenizadas ou do perfeito *gré à gré*, se impossível.

Fruto desse processo natural de simplificação formal, a tendência hodierna se descobre, como afirmam CARLOMAGNO, WAINER e outros, para firmar-se o aspecto interno do contrato “no caráter coletivo de adesão e norma” e o aspecto externo, “no caráter de contrato formulário, esquematizado, e geralmente expresso”¹⁶.

Dêse modo, ou contratando como pessoa privada, ou contratando como pessoa universal; ou contratando por simples representação, como querem uns, ou contratando por meio de uma relação *sui generis*, como querem outros — o certo é que o Estado moderno, levado de roldão pelos jogos capitalistas, tem que trabalhar e contratar como qualquer empresa privada, tângido como qualquer de nós pela inevitável lei econômica da oferta e da procura.

Não há estranhar, pois, a complexidade atual das questões que confinam com os contratos administrativos, as quais pecam também pela indecisão com que se procura esquematizá-las. Problema que vai culminar com os conceitos pusilânimes da capacidade civil do Estado, e dos seus discutidos direitos subjetivos, de um lado; com a diferenciação, muitas vezes impossível, entre direitos e interesses, de outro; com a responsabilidade civil do Estado ou seus processos de representação jurídica, de um ângulo; com a paridade de vontades ou a não comercialidade das coisas públicas, de outro; o conceito de contrato administrativo é na realidade um mundo em caos.

Em favor de mais fácil compreensão entre todos estes intrincados problemas, vai sendo hoje vencedora a tese de PAUL LABAND, que separou os contratos administrativos em contratos de Direito Público — aqueles em que um contratante fica subordinado a outro, como nos casos do emprego público, naturalização, etc., e contratos de Direito Privado — que se referem a “interesses pecuniários”¹⁷.

Trabalhando a tese de LABAND, os italianos esquematizam hoje a matéria em duas partes, como se pode ouvir de ADOLFO GIAQUINTO, no *Nuovo Digesto Italiano*: “uma coisa é contrato administrativo, outra coisa é contrato de Direito Público”.

E continua: “objeto do contrato de Direito Público é uma coisa que não tem valor de troca, é propriamente o exercício de uma função pública, de um serviço ou de uma atividade exercida pelo Estado, em regime privado; no contrato administrativo o objeto, ao contrário, é constituído de coisas ou obras que tenham valor de troca ou plenos caracteres de comercialidade”.

16 JACOBO WAINER, *Contratos Administrativos (suministros, obras y servicios)*, Buenos Aires, 1939, pág. 11.

17 PAUL LABAND, *Le Droit Public de l'Empire Allemand*, Paris, 1900, tomo II, pág. 100.

Temos, pois, de uma parte, o Estado agindo como pessoa universal, e em nome do *jus imperii*, mantendo condição de superioridade sobre o outro contratante, mas, entenda-se, não usando desta superioridade como simples força coatora, o que o levaria a simples atos de comando.

De outra parte, temos, não o Estado diretamente, mas a Administração Pública agindo como simples pessoa privada, submetida ao direito comum — tanto *substantivo*, como *formal*.

São exemplos típicos do segundo caso os por nós já citados, e mesmo concessão de serviços de utilidade pública; são exemplos do primeiro caso as autorizações para gozo de serviços públicos, as doações de títulos honoríficos o reconhecimento de uma pessoa jurídica, etc. — atos todos em que a vontade individual opera apenas como “elemento para a validade do ato administrativo”, como ensina GIAQUINTO¹⁸.

Como se percebe, tais ocorrências só não se restringem apenas ao âmbito dos simples atos administrativos, justamente porque, para sua validade a aceitação por parte do interessado é de “importância essencial para a formação do vínculo obrigatório”¹⁹.

III — Como vemos, entre o mero ato administrativo, que sempre tem eficácia jurídica — quer o relativo às funções próprias da autoridade administrativa, quer os relativos à gestão patrimonial — e o contrato da Administração Pública — em que, afinal, a vontade individual é também elemento preponderante — estão os contratos administrativos propriamente ditos.

O ato administrativo prescinde de acordo de vontades; o contrato do Direito Público depende de um consenso que se pode efetuar *a posteriori*.

Existirão realmente contratos administrativos, em que, como num contrato privado, o acordo de vontades deve efetuar-se integralmente, e *a priori*.

Na verdade, classificar tais contratos dentro do Direito Público ou do Direito Privado pode parecer obra de somenos. Como disse CAMMEO, “logo que se diz que o vínculo é, em tais casos, constituído de obrigações recíprocas *ex lege*, diz-se quanto basta. E’ sobremodo indiferente definir se, para os fins de nosso tema, o vínculo é público ou privado. Pode ter um e outro caráter, porque pode criar obrigações *ex lege jure privato*, ou *jure publico* mas é inútil aprofundar este ponto”²⁰.

A tentação, porém, de explicar convenientemente um prólogo jurídico é um pecado de que se não pode livrar o jurista. Daí, o problema vir-se eternizando nas cogitações dos especialistas na matéria. E porque realmente o assunto é dos mais transcendentais, é que por certo as soluções propostas ainda se perdem num antagonismo irremediável.

Sem dúvida, o cume da questão está naquele ponto que JÈZE indicou a falta de *paridade* entre a vontade estatal e a individual, já que cada um funciona em órbita diferente, e ainda mais: já que a órbita da vontade do Estado é *prevalecente*. Por esse motivo, não podendo haver consenso lícito

18 *Nuovo Digesto Italiano*, op. cit., *Contratti di Diritto Pubblico*.

19 *idem*, *ibidem*.

20 CESARE CAMMEO, *I Contratti della Pubblica Amministrazione*, Firenze, 1930, pág. 50.

não haverá nunca um contrato, pois que, pela sua própria história, este, desde ULPIANO, se identifica com as *conventionis juris gentium*, como autentica o fragmento 7 do Digesto.

Assim, viciado o consenso — a *conventio*, estaria viciado o contrato.

IV — Para explicar a possibilidade do consenso entre o Estado e o indivíduo têm surgido muitas e muitas teorias, que não chegam nunca a ser de-

Temos para nós que aquêlê clássico silogismo estaria perfeito, se não finitivas.

se tratasse justamente de contratos administrativos. Para fundamentar, porém, o nosso ponto de vista, é mister aventar alguns pontos da evolução do conceito de contrato, dos quais, porque muito nos facilitarão a tarefa, começaremos a tratar.

Como disse RICCOBONO, “não se encontra nas fontes latinas uma definição de contrato”²¹. Ao contrário, ela é facilmente indiciada nas fontes gregas, como “*pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus*”, na definição de TEÓFILO²², que o identifica com o simples *consensus*, a *convenção*.

A carga jurídica que os romanos nos legaram foi, porém, uma transfiguração do instituto grego: é que, pejados daquele irredutível formalismo — o qual, como nos deixam antever romanistas como VON IHERING, era a grande força dramática de seu direito — os romanos só compreendiam o contrato — principal fonte de obrigações — estreitado num formalismo irrevogável. Assim, enquanto no direito grego, figuras como a *emptio-venditio*, a *locatio-conductio*, a *societas*, o *mandatum*, etc., existiam muitas vezes com os característicos de simples *pactos*, no direito romano exigiam rígidas fórmulas de consenso, a não ser que o *praetor* os declarasse isentos de fraude e valendo como exceção. “*Nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*”²³.

Vê-se, pois, que, conforme a gradação espontânea das formas de constituir obrigações — “*re, verbis, litteris*”, como lembra GAIO — tendiam os pactos para o formalismo escrito. Assim, o próprio *mutuum*, ou o *pignus* (eminentemente reais); ou o *doctis dictio* ou a *astipulatio* (eminentemente verbais) foram passando a simples arremedos dos contratos *literais*, como os *singrapha* ou os *chirographa*.

Só até à época adriânica é que a *conventio*, pressuposto geral dos negócios bilaterais, era um gênero de que os contratos eram a espécie. Como dizia o jurista PEDIO, que viveu no fim do século I e princípios do século II, e que foi o primeiro a dar valor prevalente ao consenso como elemento essencial aos contratos, “*conventionis verbum generale est, ad omnia pertinet, de quibus negotii contrahendi, transigendique causa consentiunt, qui inter se agunt*”²⁴.

Irremediável, porém, os contratos solenes se iriam mais e mais generalizar. E’ que talvez a *fides* — que CÍCERO²⁵ definiu tão bem como ele-

21 SALVATORE RICCOBONO, in *Nuovo Digesto Italiano*, op. cit.

22 TEÓFILO, fr. 1, § 2, D., de *pactis*, 2, 14.

23 Digesto, fr. 7, § 4.

24 Apud ULPIANO, in fr. 1.º, § 3.º, D., de *pactis*, 2, 14.

25 “*Fides, dictorum conventorumque constantia et veritas, ex quo credamus, quia fiat quod dictum est, appellatam fidem*”. In *De officiis*, I, 23.

mento imprescindível à convenção — estivesse entrando em decadência... Dessa maneira, a corrente dos negócios bilaterais acabou por culminar no valor das fórmulas e não dos seus elementos essenciais. Se a *fides* era imprescindível à *conventio*, a fórmula era imprescindível à sua validade. Provar ao *praetor* que se haviam ou não contraído tais ou quais obrigações passou a ser questão de mera interpretação gramatical, como o testemunha o vêzo de acrescentar-se aos contratos, no afã de bem estipular o que se pretendia, verdadeiros apêndices essenciais — que podiam modificar-lhes os naturais efeitos — os *pacta adjecta*, verdadeiros pactos marginais.

Era, pois, bem clara a função meramente instrumental dos contratos, que como *escritura dos pactos*, constituíam simples elemento formal de revalidação do primitivo *nuda pactio*. Só depois surgiria a palavra *contrato* para substituir o primevo *nivum* ou *nexum* (do verbo *nectere* — *ligar*), antes não caracterizado pelo *instrumento escrito*.

Como se vê, por essa inversão sistemática de valores jurídicos, o *nexum* — vínculo essencial — foi sendo esquecido e substituído pelo *contracto* — vínculo formal.

Parece-nos, portanto, de interesse bastante reduzido a discussão de autores como FERRARI, PEROZZI e BONFANTE, que se empenham por descobrir se a palavra *contrato* significa o negócio, o vínculo jurídico ou a voluntariedade do ato...

E' bem verdade que, por uma espécie de atavismo jurídico, nós sempre estamos predispostos a aceitar os contratos como figuras essenciais. Este fenómeno de deturpação conceitual porém tem razões plausíveis: invadido o império romano, dá-se o inevitável choque entre o direito romano — eminentemente formalista — e o direito tedesco — eminentemente simbolista. O germano primário, para quem o simples apêto de mão era matéria contratual não conseguiria jamais tratar, mesmo na qualidade de conquistador, com o latino, de tradição formal inextirpável. A solução estava na adesão aos preceitos romanos. E os germanos aprendem a escrever contratos para as transações imobiliárias; e surgem também os testamentos à maneira romana como o *thingatio*, muito parecido com o *calatis-comitis*, exigindo-se também aqui o testemunho do povo. Generalizando a tendência, reconhecem os invasores a necessidade de sistematizar melhor o próprio direito das obrigações e a matéria dos contratos. E daí os contratos reais — *wadia* ou *festuca*; os contratos verbais — *giuramento*; e os contratos escritos — *charta*.

O simbolismo tedesco, contudo, não cederia tão facilmente... E eis que nos surgem os germânicos cercando os contratos formais de solenidades inoperadas. Surgem, por exemplo, as solenidades da *investitura*, sem as quais nenhum contrato era válido. E, paradoxalmente, a *tradictio* da *charta* passou a ser um ato tão solene como a antiga *tradictio* da coisa...

E' que, em suma, o *instrumento contratual*, para o simbolismo germânico passara a representar o próprio objeto do contrato. O *contrato*, pois, se transforma em instituto substantivo, e, perdendo seu primitivo carácter *formal* passa a ser o gênero de que a *conventio* seria a espécie...

E foi esta a noção que nos chegou, através dos séculos.

V — Enquanto se trata de contratos privados, a distinção entre o elemento *formal* e o *essencial* não representa grande conquista. No terreno público, no entanto, as vantagens são de grande monta para a simplificação do problema. E' que o formalismo de um pacto administrativo, teòricamente, é um fator de somenos, já que o contrato, sendo *oficial*, está acima de qualquer impugnação, valendo como ato solene. (Esta circunstância é tanto mais importante quando se sabe que, como VELASCO, a maior parte dos autores insiste no critério formal para distinguir os contratos)²⁶. Dêsse modo, afastado sumariamente o aspecto *formal* da questão, caímos no terreno puro da *convenção*, do *consenso*, do *nivum*. E então podemos discutir, sem complicações adjetivas, as teses fundamentais do assunto:

I — pode o Estado acordar com o particular?

II — havendo acòrdo, será êste de Direito Público ou de Direito Privado?

Em primeiro lugar, devemos responder a outra pergunta: tem o Estado, como sujeito de direitos, como sujeito capaz de agir, os dois elementos que caracterizam o aspecto dinâmico da personalidade, isto é, *vontade* e *manifestação dessa vontade*?

E' claro que sim. Negar tais prerrogativas à Administração Pública, que sempre contrata em nome do *jus gestionis* do Estado, equiparando-se, pois, à pessoa privada, era negar a capacidade de contratar de qualquer pessoa jurídica.

Dêsse modo, parece-nos bizantinismo continuar indagando uma evidência. A Administração Pública pode acordar com o particular. E' certo que se pode objetar a clássica prevalência da vontade do Estado, o que levou alguns autores — como ROUVIÈRE — a concordar serem sempre os contratos administrativos *contratos de adesão*, já que, no caso, não havia aquêl processo de *accordage* que caracteriza o *marché-de-gré-à-gré*. Somos, porém, de parecer que nos contratos administrativos há sempre um acòrdo de vontades que pode raiar mesmo pelo *accordage*. Quando não explicitos, como em muitos casos, ao menos *implicito*. Na realidade, se o Estado denuncia tal ou qual vontade de contratar, através de uma *policitatio*, duas hipóteses podem surgir: 1.^a) tal vontade é aceita pelo particular; 2.^a) nenhum particular aceita a oferta. Que faz o Estado, verificada a segunda hipótese? Expõe outra oferta, que procura compensar as causas da não aceitação da primeira, de acòrdo com uma sondagem em tal ou qual mercado, inclusive o do trabalho. E fará outras ofertas, sucessivamente, até que consiga um outro contratante. Como se vê, aquêl ato de *regatear* — tão importante para alguns autores — aí aparece perfeito.

Poder-se-á objetar que um Estado despòtico, ao invés de modificar a proposta, recorrerá à requisição forçada. Sim, de acòrdo; mas isto nos parece outra história.

Quanto ao Estado contratar mediante representação através da Administração Pública, também nada há a objetar. E' sabido que os contratos tendem cada vez mais a uma *uniformidade* e *impessoalidade* absolutas: qualquer empresa, hoje, contrata por meio de seus prepostos e segundo fórmulas contratuais preestabelecidas, com característicos às vèzes intangíveis. Hoje, difficilmente o empregado de uma grande empresa conhece o seu patrão. E seus contratos de trabalho são quase sempre de *adesão*, como os dos servidores públicos.

26 RECARDO FERNANDEZ VELASCO, *op. cit.*, pág. 12.

VI — Resta-nos responder à última pergunta : a *conventio* entre o Estado e o particular será um instituto de Direito Público ou de Direito Privado?

Alguns autores, como POSADA ²⁷, estudam a matéria exclusivamente dentro do âmbito do Direito Público. “Um contrato administrativo é um ato de gestão de interesses, verificado pela representação específica da administração do Estado, segundo as exigências racionais da relação contratual e para fins administrativos”, escreve o grande tratadista de Oviedo. E termina acrescentando que a teoria geral dos contratos administrativos abrange tôda a atividade administrativa do Estado relacionada com tôdas “as formas contratuais para fins de ordem *jurídico-social*”.

Outros, como TAVARES DE LIRA FILHO, ²⁸ concluem que “os contratos administrativos não se confundem com os de direito público e os de direito privado”, constituindo categoria à parte.

Outros, ainda, como CESARE CAMMEO, levam os contratos administrativos para o plano exclusivo do Direito Privado. Como escreveu aquêlê tratadista italiano, “o direito público regula todos os atos da Administração Pública durante o processo de sua formação. O direito privado intervém para discipliná-los, já depois que êstes estão formados”, ²⁹.

E termina: “os contratos da Administração Pública estão sujeitos ao direito privado; lembre-se que, para êstes, vale, segundo cada caso, o Direito Civil ou o Direito Comercial” ³⁰.

E CAMMEO lembra mesmo que a esfera do Direito Comercial tenderá cada vez mais a expandir-se nos regimes de economia controlada empolgando também o Direito Público.

Se tentássemos encompridar a lista, veríamos que cada tratadista se permite ter idéias que quase sempre não coincidem com as alheias, embora se possa perceber que a tendência mais geral é trazer os contratos da Administração Pública para a órbita do Direito Público. Parece-nos, porém, que são baldados todos êstes esforços em discernir, por meio de pressupostos, que aspectos contratuais pertencem ao Direito Privado ou ao Direito Público.

Como escreveu ADOLFO GIAQUINTO: “não se pode dizer, de modo geral, que todos êstes acordos (os contratos administrativos) assumem sempre o caráter e o conteúdo dos contratos de direito público, ou de direito privado; a qualificação é, ao contrário, o resultado de uma indagação analítica concreta, que por certo não pode ser feita neste ponto” ³¹.

Além do mais, parece-nos mesmo não ser hoje de real monta uma diferenciação completa entre o Direito Público e o Direito privado, por isso que qualquer tentativa nesse sentido terminará sempre num círculo vicioso. MAURICE HAURIOU, por exemplo, estudando o problema dos limites entre o direito Administrativo e o Direito Comum, conclui pela interpenetração dos dois direitos, mediante um sistema de regras e exceções. Como afirma, o Direito Administrativo só é independente do Direito Comum na medida que as preter-

27 ADOLFO POSADA, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madri, 1897, tomo II, pág. 263.

28 TAVARES DE LIRA FILHO, *Contratos Administrativos*, Rio, 1941, pág. 187.

29 CESARE CAMMEO, *op. cit.*, pág. 32.

30 CESARE CAMMEO, *op. cit.*, pág. 72.

31 ADOLFO GIAQUINTO, in *Nuovo Digesto Italiano*, *op. cit.*

gativas legais o possibilitem, acontecendo, às vêzes, que um incidente qualquer o prende à órbita do Direito Comum, “que o contém e que o espreita (guette)”³².

Tais idéias, porém, representam uma perfeita antítese da clássica corrente tedesca de GERBER, JELLINEK e outros, segundo a qual o Direito Privado é que se acha condicionado ao Direito Público. “Sem direito público não é possível o direito privado”, é o brocardo que ressalta da teoria do direito reflexivo — *reflexrecht* — que em 1852 GERBER lançava, e que culmina no seguinte pensamento: “o ponto de partida para bem compreender-se o vínculo existente entre o cidadão e o Estado, é o direito soberano, independente e onipotente dêste: os direitos dos cidadãos nada mais são que *efeitos reflexos* do direito pertinente ao Estado e, como tais, só existem enquanto existir o Estado e sua soberania”³³.

Dêsse modo, se Hauriou nega ao Estado a autonomia de direitos privados objetivos, GERBER, por sua vez, nega ao cidadão direitos públicos subjetivos. Conciliá-los, pois, não deve ser tarefa humana.

Para evitar bizantinismos dêste quilate é que nos parece irrecusável a necessidade de aplainar certos pontos. De um ângulo teórico bastante elevado, podemos acreditar na reciprocidade absoluta entre o Direito Público e o Privado; se os direitos subjetivos do particular são *reflexivos* — já que emanam do poder estatal — os direitos do Estado também são *reflexivos*, visto que emanam do povo que o constitui. Assim, há entre os dois direitos verdadeira *reciprocidade de condicionamento*, que seria inútil querer negar ou diferenciar. Seria, como tem sido até hoje, tentar remover montanhas, onde existe apenas a planície.

Reafirmamos, pois, nossas convicções acêrca da impossibilidade de uma classificação *in-fonte* para os contratos administrativos, dentro do Direito Público ou Privado.

De modo geral — agindo o Estado como pessoa privada, ou como autoridade — as razões filosóficas que dão força obrigatória aos contratos firmados pelo Governo ou pela Administração Pública serão sempre, como as razões do Direito Privado, discutidas durante séculos dentro das mesmas teses conhecidas para o direito individual, quer a *racionalista*, do pacto social de ROUSSEAU, ou a *utilitarista*, de BENTHAM; ou a da *ocupação*, de KANT e HEGEL; ou a fórmula mista de *dever e cooperação* de KRAUSE; ou mesmo a tese moral, de AHEENS.

Isto porque, como para os atos administrativos explicou MEUCCI³⁴, o grande professor da Universidade de Roma: “nem a responsabilidade nem a liberdade, nem o objetivo nem a autoridade do poder permanecem diminuídos. A liberdade do poder, que se diz *autoridade*, não é coisa essencialmente diversa da liberdade do cidadão, que se diz simplesmente *liberdade*: o conceito jurídico é o mesmo”.

32 MAURICE HAURIU, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, Paris, 1914, pág. 86.

33 Apud V. E. ORLANDO, *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, Milano, 1897, vol. I, pág. 114.

34 LORENZO MEUCCI, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Torino, 1898, pág. 71.

VII — Do exposto, deduz-se a completa falência das classificações de base causal para os contratos administrativos. E isto porque sempre nos defrontaremos com um impasse: ou reconhecemos a prevalência da órbita da vontade estatal contra a órbita da vontade individual — e então não teremos uma *conventio* perfeita, ou não reconhecemos aquela prevalência, e então eliminaremos a necessidade de diferenciar entre aquelas duas órbitas. No primeiro caso, não haveria mais interesse em conceituar os contratos administrativos, já que eles estariam viciados originariamente; no segundo caso, teríamos o contrato perfeito, mas não havia por onde classificá-lo, por isso que, ainda quando nos restassem duas órbitas jurídicas, elas seriam de efeitos equivalentes.

Dêsse modo, opinamos por um *optimum* mais prático para a inclusão dos contratos administrativos num dos setores do esquema clássico do Direito

Já que se nos afigura impossível uma classificação baseada em suas fontes primárias, enveredemos pelos *efeitos* dos contratos administrativos, tentando-lhes uma classificação em bases teleológicas, quer dizer, tendo em vista suas *causas finais*. E nos parece muito simplificada a questão: entre o interesse individual em foco e o interesse coletivo em jôgo, não há como titubear. Se os contratos privados podem ser considerados de ordem pública, não se deve negar tal prerrogativa aos contratos administrativos, em que, além do mais, este característico se extrema. Será irrisório, pois, que o Estado se abstenha de salvaguardar o interesse coletivo por meio de sua natural via de proteção — o Direito Público, sempre que tal imperativo se apresente.

Nesta época em que beiramos tão rudemente o materialismo histórico seria pueril voltar ao pieguismo dos LABOULAYE passadistas, cerceando ao Estado um dos seus instrumentos de afirmação — a prevalência do Direito Público, que deve estar sempre atento à execução dos contratos administrativos. Com esta iniciativa, deslocamos o interesse da questão do seu ponto inicial — a *formação* do contrato, para o ponto final — sua *execução*. E neste campo não cabem controvérsias. Passada a trágica experiência mundial, em que vimos os governos açaimados pela ganância inescrupulosa de algumas *holding companies*³⁵, não se compreenderia insistissemos na inconseqüência palmar de prosseguir determinando a longo prazo o aspecto social dêste ou daquele serviço de utilidade pública, desta ou daquela medida governamental.

Em outras palavras: dadas as transformações vertiginosas e muitas vêzes insuspeitáveis do potencial econômico, é de todo imprescindível que a execução dos contratos administrativos fique sujeita àquela *teoria da imprevisão* que JÈZE expõe no terceiro volume de sua obra clássica, segundo a qual, ainda que ocorram graves modificações econômicas, a máquina do governo não pode parar, nem qualquer serviço de utilidade pública deixará de ser prestado. Assim, cingido o contrato pelo Direito Público, o Estado obrigará o outro contratante à sua execução, embora com prejuízos que poderão depois se indenizar, mediante *ação de regressão*.

E aqui fica a conseqüência mais transcendente da afirmação de nosso pensamento: nos contratos administrativos, a cláusula *rebus sic stantibus* se pode ser invocada pelo Estado.

³⁵ Nos Estados Unidos, a crise foi tão aguda que levou homens como Roosevelt a pensarem numa nova *Declaração de Independência*.