

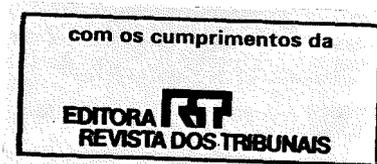


# REVISTA DE DIREITO PÚBLICO



Edição da EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

P  
R D Pub  
n. 55-56 / ex. 2  
1980



ANO XIV JULHO/DEZEMBRO-1980 N. 55-56

**Fundador:** Ataliba Nogueira

**Diretores:** Geraldo Ataliba e Celso Antônio Bandeira de Mello

**Diretores responsáveis:** Néelson Palma Travassos e Alvaro Malheiros

**Diretor da Redação:** Arnaldo Malheiros

**Antigos Conselheiros:** Cândido Motta Filho, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Pontes de Miranda, Rubens Gomes de Souza.

**Conselho de Orientação:** Ataliba Nogueira, Dalmo Dallari, Fábio Monteiro de Barros, Hely Lopes Meirelles, Joaquim Canuto Mendes de Almeida, Josaphat Marinho, José Cretella Júnior, Lauro Malheiros, Lourival Vilanova, Luiz Pinto Ferreira, Michel Temer, M. Seabra Fagundes, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Miguel Reale, Raul Machado Horta, Ruy Cirne Lima, Vicente Marota Rangel, Victor Nunes Leal.

**Comissão Editorial:** Adilson Dallari, Antônio de Pádua Nunes, Celso Seixas Ribeiro Bastos, Eduardo Domingos Botallo, Elizabeth Nazar Carrazza, Fernando Antônio Albino de Oliveira, Francisco Octávio de Almeida Prado, José Afonso da Silva, José Manuel de Arruda Alvim Netto, Luiz Carlos Bettiol, Marco Aurélio Greco, Paulo de Barros Carvalho, Pedro Luciano Marrey Júnior, Pêrsio Oliveira Lima, Roberto Campos Andrade, Roberto Rosas, Sérgio A. Ferreira, Sérgio Ferraz, Sônia Corrêa da Silva de Almeida Prado, Walter Barbosa Corrêa.

Redação e administração: Rua Conde do Pinhal, 78  
Tels. 37-8689 e 37-9772.

Registrada no Departamento de Polícia Federal sob n. 256. P. 209/73  
International Standard Serial Number BL — (ISSN) 0034-8015

---

Os colaboradores da RDP gozam de inteira liberdade de opinião, respondendo pelos conceitos emitidos em trabalhos assinados.

---

## ASSINATURAS

Rua Conde do Pinhal, 78 (Livraria Revista dos Tribunais)  
Tel. 37-8689.

Valores e correspondência devem ser enviados à

EDITORA   
REVISTA DOS TRIBUNAIS



# CONTRATO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

JOSÉ AUGUSTO DELGADO

Juiz Federal — Professor Assistente do Departamento  
de Direito Público da Universidade Federal do  
Rio Grande do Norte

## I — CONCEITUAÇÃO DO CONTRATO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

### 1. Fato e ato administrativo

A atividade administrativa do Estado, sob o ponto de vista jurídico, concretiza-se em fatos e atos administrativos, pouco importando a forma que assumam e os efeitos que produza. A lição de Bielsa ("Derecho Administrativo", vol. II, p. 1, 1955) continua íntegra, sem combate pela doutrina.

Urge, assim, como de primordial interesse, fixar os principais aspectos que envolvem o conceito de fato e de ato administrativo, sem menosprezar as dificuldades que se apresentam, pois, muitas vezes, a noção de ato administrativo se confunde com a de fato administrativo, para que se tenha um conceito sedimentado de contrato de Direito Público.

O ato administrativo é revelador de uma atividade formal ou material do Estado. Nasce com um fim: o interesse social. Pode ser constituído com força de produzir efeitos jurídicos (adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos) ou destituído de tais efeitos. Nesta situação, são simples atos administrativos, sem produzir conseqüências que não as de ordem existente na Administração, imunes, portanto, ao controle jurisdicional quando revogados ou anulados.

Diferente, porém, é a situação do ato administrativo investido de natureza jurídica. Exige, para a sua formação e a sua validade, além da singularidade do interesse público, os pressupostos definidos na lei civil (manifestação de vontade, licitude, finalidade de adquirir, resguardar (aliás, conservar), transferir, modificar ou extinguir direitos — art. 81, CC).

O fato administrativo é a consubstanciação do ato administrativo, no seu aspecto material. É a atividade material que os agentes do Estado praticam, sendo, portanto, uma conseqüência do ato administrativo. É um acontecimento administrativo, quer voluntário ou não, com força de produzir efeitos. Assim, em uma concepção ampla, o fato administrativo representa o gênero, do qual o ato administrativo é uma das espécies, com uma função específica de realizar o direito pela individualização das regras gerais e abstratas constitutivas do Direito Positivo (Seabra Fagundes, in "O Controle dos Atos Administrativos", p. 21, 2.<sup>a</sup> ed., Forense).

O fato administrativo, em regra, representa o ato material praticado pelo Estado, no exercício da administração. Busca seu fundamento jurídico no ato administrativo. Este sempre o precede e se encontra amparado pela lei. É bem verdade, conforme faz lembrar Seabra Fagundes, p. 58, obra citada, que "em alguns casos, entretanto, o fato administra-

tivo tem lugar quando ainda não integrado o ato com ele relacionado. Este só se completa "a posteriori", levando àquele as indispensáveis condições de legalidade".

Partindo do exame que se fez dos elementos conceituais do ato administrativo e do fato administrativo, não há razão para se deixar de aceitar a lição de Hely Lopes Meirelles. Este autor definiu o ato administrativo, como sendo toda manifestação de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria ("Direito Administrativo Brasileiro", p. 154, 2.<sup>a</sup> ed., Ed. RT). O fato administrativo considerado pelo mesmo autor, uma materialização da vontade administrativa, sendo, assim, toda realização material da administração, em cumprimento de alguma decisão administrativa, tal como a construção de uma ponte, o calçamento de uma rua, a abertura de uma estrada, etc.

## 2. Contrato de Direito Público

Entre os atos administrativos bilaterais, vamos encontrar os contratos, como sendo os mais peculiares. Na verdade, a condição de ato administrativo só se opera na fase de sua assinatura, aprovação e homologação, características formais, pois, ao passar para o fenômeno da sua execução, ele se reveste de autêntico fato administrativo, expressão concreta do ato que o antecedeu.

Identificada a posição do contrato de Direito Público na teoria dos atos e fatos administrativos, a nossa preocupação se inclina para a fixação do seu conceito.

A primeira idéia que ocorre é a de consagrar o contrato de Direito Público como gênero de que o contrato administrativo é uma das espécies ao lado dos contratos públicos internacionais e contratos públicos constitucionais.

No particular, José Cretella Júnior definiu contrato público como "o acordo recíproco de vontade, de que participa o Estado, objetivando interesses públicos e informando por princípios publicísticos exorbitantes e derogatórios do Direito Comum" ("Enciclopédia Saraiva do Direito", vol. 20, p. 84).

Verifica-se, de imediato, que o contrato de Direito Público caracteriza-se, em síntese, por particularidades que inexistem no contrato de Direito Privado e que se concentram na objetividade de alcançar o interesse público. Sendo este um resultado a ser alcançado pela função pública, com base na sua força jurídica, alguns autores criaram a tese anti-contratualista no Direito Público, negando, portanto, a possibilidade da existência de contrato público.

Um rápido exame sobre os fundamentos apresentados pelos que negam a existência do contrato público, serve para melhor concentrar o conhecimento conceitual que se busca a respeito do contrato administrativo.

A opinião mais comum é a que vê no contrato uma forma típica e peculiar do Direito Privado, por ser categoria da ciência jurídica, que só tem possibilidade de se formar entre pessoais iguais.

Hans Kelsen combate tal posição, afirmando que "O contrato não é um conceito do Direito Privado, nem do Direito Público, mas, em sua natureza formal, um conceito da Teoria Geral do Direito" ("apud" Mário Masagão, "Natureza Jurídica da Concessão do Serviço Público", 1933, p. 98, n. 65).

Entre outras objeções contra a Teoria do Contrato Público, os partidários da posição privatística, isto é, que só aceitam o contrato de direito privado, sobressaem-se os seguintes:

a) no contrato de direito privado há liberdade de discussão das cláusulas pelas partes contratantes, o que não ocorre no contrato de Direito Público.

O núcleo da argumentação não resiste às novas idéias que estão surgindo na ciência jurídica, a partir do aprofundamento da tese que aniquila a distinção entre Direito Privado e Direito Público, e, seguindo-se, em termos de realce, a averiguação sobre a essência do contrato.

Na atualidade, dividem-se os autores, quanto à essência do contrato. Para uns, ela se encontra na liberdade de escolha da outra parte; para outras, na liberdade de fixar o conteúdo da relação; e, finalmente, uma terceira corrente defende que a essência do contrato se encontra na liberdade de contratar ou deixar de contratar, isto é, na liberdade de criar ou não, a relação jurídica que se forma com o acordo das vontades.

O Direito Administrativo inclina-se para aceitar a terceira corrente, esvaziando, conseqüentemente, a objeção apresentada, de cunho nitidamente privatístico;

b) a segunda argumentação contrária à existência do contrato de Direito Público é a de que o contrato, para ser alterado, exige o concurso das vontades das partes, não podendo sê-lo unilateralmente pela vontade de uma só das partes, como ocorre no contrato de Direito Público.

Uma crítica rigorosa desfaz a conclusão dos que pensam da maneira exposta. No contrato de Direito Público há obrigação bilateral, convencionada, ou seja, consensual, em que uma das partes se encontra em situação privilegiada em relação à outra, no que diz respeito ao cumprimento das obrigações convencionadas, sem que isso implique diminuição dos direitos econômicos que a outra pode fazer valer, segundo lição de Sabino Alvarez Gondin ("Tratado General de Derecho Administrativo", 1958, vol. 1, p. 369).

O contrato público é um ato administrativo plurilateral, por surgir do concurso de vontades opostas do Estado e do indivíduo. Visa, conseqüentemente, uma gama de direitos e obrigações dúplices, na expressão de Seabra Fagundes ("O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário", p. 53, 2.<sup>a</sup> ed., Forense).

A alteração unilateral só poderá ocorrer se for fundada em razão de ordem pública de tal relevância que se sobrepõe a qualquer interesse individual. É a regra da intervenção em qualquer tipo de relação jurídica que o Estado pode efetuar quando se depara com grave ocorrência social. Não constitui, portanto, peculiaridade inerente ao contrato de Direito Público.

Os que se posicionaram em sentido contrário aos que aceitam a existência do contrato de Direito Público não atentaram para os princípios que são aplicados a respeito do equilíbrio financeiro do contrato. Em todos os contratos públicos há a presença do referido equilíbrio, impossibilitando, portanto, a alteração unilateral do contrato, pois, da mesma forma que o particular obriga-se a efetuar certas prestações, ou os que a Administração vier a fixar, por seu lado está obrigada a manter em certo equilíbrio entre o que pede ao contratante, e o que lhe paga;

c) a terceira objeção conhecida é a de que no contrato não pode um dos contratantes rescindir o vínculo contratual, unilateralmente, quando lhe aprouver.

Não há o privilégio apontado no contrato público. A Administração Pública, quando contrata, não pode jamais "prevalecer-se da força que sua própria posição lhe concede para tripudiar sobre a outra parte contratante", na feliz conclusão de Antônio Chaves, em parecer publicado na RDA, vol. 110, out/dez, 1972, sob o título "Contrato Administrativo. Reciprocidade de Direitos e Obrigações. Impossibilidade da Prestação. Responsabilidade Contratual", pp. 375-409.

### 3. Teoria anticontratalista

O problema relativo à compreensão da existência do contrato de Direito Público não deve ser enfrentado de modo superficial, como o fazem aqueles que defendem ser o contrato um título de Direito Privado (Sabino Alvarez Gondin, in "Los Contratos Públicos", p. 28; Roger Bonnard, in "Precis de Droit Administratif", Paris, 1935, p. 375; Cesate Commeo, in "I Contratti Della Pubblica Amministrazione", Firenze, 1937, p. 72; Velasco Calvo, in "Dos Contratos Administrativos", 1927, p. 43, todos citados por José Cretella Júnior, pp. 84-92, verbete "Contrato Público", vol. 20, "Enciclopédia Saraiva do Direito").

Os juristas mais eminentes da Alemanha (Paul Laband, Jellinek, Lois Gay, Fritz Fleiner) admitem a existência do contrato de Direito Público. No mesmo sentido se filiam às opiniões de Chele La Torre ("Elementi di Diritto Amministrativo", 1925, p. 191); Miguel Angel

Berçaitz ("Teoría General de los Contratos Administrativos", 1952, p. 111); Elem Zanobini ("Corso di Diritto Amministrativo", 6.<sup>a</sup> ed., 1950, vol. 1, p. 186); Cino Vitta ("Diritto Amministrativo", 3.<sup>a</sup> ed., 1949, vol. 1, p. 360); Kammerek ("La Fonction Publique en Allemagne", 1899, p. 95); Themístocles Brandão Cavalcanti; Mário Masagão; Guimarães Menegale; Tito Prates; Rafael Bielsa ("Derecho Administrativo", 5.<sup>a</sup> ed., 1955, vol. 2, p. 142); Sabino Alvarez Gordin ("Tratado General de Derecho Administrativo", 1958, vol. 1, p. 369); Yorodzu Oda ("Principes de Droit Administratif du Japon", 1928, p. 84); Inocêncio Galvão Teles ("Manual dos Contratos em Geral", 3.<sup>a</sup> ed., 1965, p. 47); conforme pesquisa feita por José Cre-tella Júnior, em artigo já mencionado.

#### 4. Existência do contrato de Direito Público

A força conceitual do contrato de Direito Público é uma realidade de nosso sistema jurídico. Existe, nas relações da Administração Pública, como ato bilateral peculiar, determinando a relação jurídica o concurso de vontades do Estado e de terceiros, podendo estes serem entidades de Direito Público ou particulares.

Os seus elementos intrínsecos são os mesmos do contrato comum, obedecendo, entretanto, a razões de interesse público que acarretam cláusulas que constituem pressupostos do próprio contrato, conforme afirma Themístocles Brandão Cavalcanti ("Curso de Direito Administrativo", p. 77, Freitas Bastos, 6.<sup>a</sup> ed., 1961), e sem criar confusão ao se constituir, com os contratos de Direito Privado, "já porque uma das partes é sempre a Administração Pública; já porque a finalidade contratual é sempre um serviço de interesse coletivo ou uma obra pública" (Rui Cirne Lima, "Contratos Administrativos e Atos de Comércio", in RDA 32/16).

#### 5. Condições e conceito do contrato administrativo

A conceituação do Contrato de Direito Público não se apresenta, na atualidade, obscura na doutrina do Direito. São considerados, na opinião de Orlando Gomes, "Contratos de Direito Público": a) os que são celebrados entre si por algumas pessoas jurídicas de Direito Público interno, a exemplo dos estipulados entre a União e algum Estado-membro, entre Unidades da Federação, entre um Estado-membro e um Município e entre este e outro Município; b) os que o Estado firma com particulares ou com outros entes públicos para que sejam alcançados objetivos comuns, com a implantação de direitos subjetivos patrimoniais; c) os contratos administrativos que se ajustam entre a Administração Pública e particulares para a execução de desempenho de atividades do Estado, de interesse geral, que este não pode exercer, ou não quer exercer diretamente (pp. 33-34, vol. 28, "Enciclopédia Saraiva do Direito", verbete "Direito Público dos Contratos").

É conveniente lembrar que o contrato administrativo é uma espécie própria dos contratos de administração, sem se confundir com o gênero. São características dos contratos da Administração dos acordos de vontades firmados pela Administração combinados para que produzam conseqüências jurídicas sobre as partes contratantes. Assim, no campo do Direito Administrativo vamos encontrar contratos privados regidos pelo Código Civil e pelo Código Comercial, quando, por exemplo, o Estado celebra contrato de locação. Não se pode considerar tais pactos como contratos administrativos. São contratos privados da Administração, titulados, assim, unicamente, pela presença de uma pessoa administrativa.

O contrato administrativo se encontra sujeito a um regime autônomo que contém princípios que escapam aos limites fixados pelo Direito Comum, e que permitem a inserção de cláusulas chamadas exorbitantes ou derogatórias.

Gaston Jèze, em sua obra "Cours de Droit Public", 1933, afirma que a existência do contrato administrativo está subordinada às seguintes condições: a) acordo de vontades entre a Administração e o particular; b) que o acordo de vontades tenha por objeto criar obrigação jurídica de prestação de coisas materiais ou de serviços pessoais, mediante remuneração em dinheiro ou de outro modo; c) que a prestação fornecida pelo indivíduo se destine a assegurar o funcionamento do serviço público; d) que as partes, por cláusula expressa, deem concordar em submeter-se ao regime especial de Direito Público.

Após tais considerações o conceito de contrato administrativo exposto por José Cretella Júnior atende às exigências científicas para o ordenamento do assunto:

“Contrato administrativo é, pois, todo acordo oposto de vontade de que participa a Administração e que, tendo por objetivo direto a satisfação de interesse público, está submetido a regime jurídico de Direito Público, informado por princípios publicísticos”.

Diferença conceitual não existe no que pensa a respeito Hely Lopes Meirelles: “Contrato administrativo é todo aquele que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com o particular, para a realização de serviço, execução de obra, ou obtenção de qualquer outra prestação de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração (“Direito Administrativo Brasileiro”, 2.<sup>a</sup> ed., p. 227, Ed. RT).

Marcelo Caetano (“Princípios Fundamentais do Direito Administrativo”, 1.<sup>a</sup> ed., p. 224, Forense, 1977), após se fixar na opinião de que a figura do contrato não é incompatível com o Direito Público, nem os contratos regulados pelo Direito Público pertencem a gênero diferente dos que conhecemos no Direito Privado (p. 19), conceituou contrato administrativo como sendo o “celebrado entre uma pessoa jurídica de Direito Público e outra pessoa, com o objeto de associar esta, por certo período, e mediante retribuição ao desempenho regular de alguma atribuição de interesse público que deve prevalecer na disciplina contratual”. O destaque a ser dado no pensamento de Marcelo Caetano é para a característica de “associação duradoura e especial”, que implica numa comunhão, por o particular passar a ser, por força do contrato, um colaborador da Administração.

## Bibliografia

- Bielsa, Rafael, “Derecho Administrativo”, vol. II, 1955.
- Cavalcanti, T. Brandão, “Curso de Direito Administrativo”, 6.<sup>a</sup> ed., 1961, Freitas Bastos.
- Caetano, Marcelo, “Princípios Fundamentais do Direito Administrativo”, Forense, 1977.
- Fagundes, M. Seabra, “Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário”, 3.<sup>a</sup> ed., Forense, 1957.
- Luiç, Heitor Filho, “O Contrato na Administração Pública” — “Revista de Informação Legislativa”, pp. 82-87, n. 2, ano I, junho.
- Gomes, Orlando, “Obrigação de Contratar” — “Revista de Informação Legislativa”, pp. 21-26, jan./março, ano V, n. 17 — “Direito Público dos Contratos”, “Enciclopédia Saraiva do Direito”, pp. 33-40, vol. 28.
- Tácito, Caio, “Contrato Administrativo. Controle do Tribunal de Contas. Sustação do Contrato”, RDA 107/374/382, jan./março, 1972.
- Chaves, Antônio, “Contrato Administrativo. Reciprocidade da Prestação. Responsabilidade Contratual” RDA 110/375-410, out./dez., 1972.
- Cretella, José Júnior, “Contrato Público” — “Enciclopédia Saraiva do Direito”, pp. 84-92, vol. 20 — “Contrato Administrativo” — “Enciclopédia Saraiva do Direito”, pp. 166-168, vol. 19.
- Meirelles, Hely Lopes, “Direito Administrativo Brasileiro”, 2.<sup>a</sup> ed., Ed. Revista dos Tribunais, 1973.
- Masagão, Mário, “Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público”, 1933.
- Lima, Rui Cirne, “Contratos Administrativos e Atos de Comércio”, RDA 32/16.
- Jeze, Gaston, “Cours de Droit Public”, 1933.

## II — FORMAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

### 1. Generalidades

O ato administrativo pode se revestir de várias formas para que tenha validade. Se a Administração pratica um ato unilateral, pode fazê-lo através de avisos, portarias, instruções, etc. Todavia, quando o ato praticado exige aceitação expressa de um particular ou de uma outra entidade pública, só pela forma de um contrato escrito pode ser constituído. O contrato administrativo verbal não é admitido. As obrigações assumidas pelo Poder Público são registradas nas repartições competentes, a fim de que possam ser comprovadas. Outrossim, a validade do pacto depende do registro.

É princípio a ser seguido pela Administração que todas as cautelas devem ser tomadas na celebração dos contratos, quer sejam da Administração, quer sejam contratos administrativos.

Na formação dos contratos não se deve deixar de analisar os elementos necessários para a sua perfeição. Em qualquer contrato administrativo devem ser presentes os elemen-

tos comuns do contrato: capacidade dos concorrentes, objeto lícito, mútuo consenso e forma prescrita em lei. Acrescentem-se as normas peculiares, como o fim de interesse público e os elementos formais internos e externos exigidos pela lei.

Na formação dos contratos administrativos há sempre uma preocupação de moralidade, como lembra Marcelo Caetano ("Princípios Fundamentais de Direito Administrativo", p. 229, Forense). Em consequência, a formação dos contratos administrativos segue um procedimento minuciosamente regulado, que evolui da competência das partes até a publicidade do ato.

O contrato administrativo é bilateral, comutativo, formal, realizado "intuitu personae" e destinado a satisfazer a um interesse público caracterizado (Hely Lopes Meirelles, "Direito Administrativo Brasileiro", 2.ª ed. p. 228, RT). O instrumento escrito é a única forma capaz de registrar que as obrigações assumidas são recíprocas, equivalentes, remuneradas, e que atendem à finalidade pública especificada no ajuste.

Na formação dos contratos administrativos há determinadas formalidades que não podem deixar de ser cumpridas pelo caráter de essencialidade que assumem. Em nosso sistema positivo, as solenidades essenciais do contrato administrativo vêm expressas no Código de Contabilidade Pública (Lei Federal 4.356, de 28.1.22) e seu Regulamento (Decreto 15.783, de 8.11.22), arts. 707 e 775, com as alterações introduzidas pelo Decreto 73.140, de 9.11.73 (Regulamenta as licitações e os contratos relativos a obras e serviços de engenharia, e dá outras providências).

No Código de Contabilidade Pública vamos encontrar (art. 766) o princípio geral regulador da formação dos contratos administrativos: "Os contratos Administrativos regulam-se pelos mesmos princípios gerais que regem os contratos de Direito Comum, no que concerne ao acordo das vontades e ao objeto, observados, porém, quanto à sua estipulação, aprovação e execução, as normas prescritas no presente capítulo".

Assim, na formulação do contrato administrativo devemos seguir, inicialmente, as mesmas regras do Direito Privado (CC, arts. 1.079 e seguintes). Respeitando a disciplina da capacidade das partes e do objeto da prestação ajustada. São condições gerais que se ligam às peculiares para darem validade à formação do contrato administrativo.

## 2. A capacidade das partes

O contrato administrativo exige, para a sua validade, que seja celebrado por autoridade competente, isto é, por agente capaz, pessoa que tenha autorização para fazer expedir o ato, em virtude de lei ou delegação.

Não pode haver competência constituída que não decorra da lei. Ela é quantidade de poder implícito ou explícito conferido à autoridade administrativa, em face da função exercida. "Não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de Direito", afirmou com sabedoria Caio Tácito, em "O Abuso do Poder Administrativo no Brasil", p. 87.

Ao se tratar da competência que deve ter a autoridade para contratar, o exame também se estende à capacidade dos particulares. Necessitam estes da capacidade geral do Direito Civil, bem como a inerente ao poder de representação quando se obrigarem em nome de pessoas jurídicas.

No tocante ao assunto, o estudo deve se voltar para as fontes do Direito Civil, quando qualquer um dos motivos que ocasionaram a nulidade dos atos jurídicos, também deve servir de aplicação no campo do Direito Administrativo.

Afirmamos que a Administração Pública se preocupa com a moralidade dos atos administrativos. Apoiado em tal princípio, há, ainda, determinadas categorias de pessoas que, embora civilmente capazes, não podem contratar com o Estado, sob pena de nulidade de pleno direito; ou, como pretendem alguns doutrinadores, de ser inexistente o ato, com a assunção de todas as consequências resultantes.

Envolvidos por tal esquema se encontram os deputados e senadores que, por dispositivo constitucional (art. 34, I, "a"), não poderão, desde a expedição do diploma, firmar ou manter contrato com pessoa de Direito Público, autarquia, empresa pública, sociedade de



economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusula uniforme. A infringência do dispositivo mencionado implica, além da nulidade do contrato, a perda do mandato (art. 35, I, Constituição Federal), que será declarada pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, mediante provocação de qualquer de seus membros, da respectiva mesa ou de partido político (art. 35, § 2.º, Constituição Federal).

Embora não conste expressamente no Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (Lei 1.711, de 28.10.52, com as modificações subsequentes e normas complementares), é lícito à Administração impedir contratos de seus servidores com o Poder Público, salvo se for obedecida a linha de uniformidade já recomendada.

Há, ainda, no referente à capacidade das partes que contratam com a Administração, o fenômeno da suspensão temporária da mencionada faculdade, em casos especiais que representam penalidades por faltas cometidas em acordos anteriores.

O art. 72, do Decreto 73.140, de 9.11.1973 (Licitações Públicas de Obras) registra que “em caso de inexecução da obra ou serviço, erro de execução, execução imperfeita, mora de execução ou inadimplemento contratual, os contratados sofrerão a penalidade de serem suspensos do direito de licitar e contratar pelo prazo que a autoridade competente fixar, não superior a dois anos, atendendo a natureza e a gravidade da falta cometida, consideradas, ainda, as circunstâncias e o interesse da própria Administração ou impor a pena de declaração de idoneidade para licitar e contratar em toda a extensão da esfera federal” (arts. 172, II e III, e 73, Decreto 73.140).

### 3. Objeto lícito e possível

Na opinião de Trentin, in “L'atto Amministrativo, pp. 70 e 29 (“apud” Themístocles Brandão Cavalcanti), o objeto lícito e possível é elemento de maior importância porque diz com o próprio conteúdo material da obrigação.

O objeto é a coisa, a prestação, o fato, a finalidade do ato. Necessita ser lícito, isto é, que não contrarie disposição legal ou não atente contra os princípios da moral.

Não há licitude, no objeto do contrato, se a Administração Federal permite a concessão de terras, a abertura de vias de comunicação, a instalação de meios de transmissão, à construção de pontes e estradas internacionais e ao estabelecimento ou exploração de indústrias que interessem à segurança da Nação, nas zonas indispensáveis à defesa do País, sem o prévio assentimento do Conselho de Segurança Nacional (Lei 2.597, de 12.9.65, c.c. o art. 89, da Constituição Federal de 1969).

Na mesma situação se enquadram os pactos administrativos seguintes: a) a concessão dada pelo Poder Público a estrangeiro, qualquer que seja a sua situação no país, para a pesquisa, prospecção, exploração e o aproveitamento de jazidas, minas e demais recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica (art. 113, IV, do DL. 941, de 13.10.69 — Estatuto do Estrangeiro); b) a contratação, mediante concessão com estrangeiro, independentemente da sua situação no país, da navegação aérea, dos serviços de telecomunicações e dos serviços de vias de transportes entre portos marítimos e fronteiras nacionais ou que transponham os limites do Estado ou Território (C.F., art. 8.º, XV, “e” e “d”, c.c. o art. 118, I, V e X do DL 941, de 13.10.1969); c) a concessão de jogos proibidos, por serem contrários à lei moral e aos princípios do Direito Positivo.

Além de lícito o objeto do contrato tem de ser possível. A condição de possibilidade é que vai determinar a criação, a modificação ou a comprovação da situação jurídica criada pela vontade das partes. A impossibilidade do objeto do contrato pode ser material ou jurídica. Não é possível o Poder Público contratar com particular o deslocamento do Oceano Atlântico para a Região da Amazônia ou a realização de uma obra com capacidade de fazer com que a lua deixe de efetuar o seu sistema de rotação.

Por último, deve ficar bem acentuado que o objeto e a finalidade do contrato é “a coisa, o fato, a prestação; não se confunde, portanto, com a causa, que é o motivo gerador da obrigação e da execução do serviço público”.

#### 4. Mútuo consenso

O mútuo consenso é elemento necessário, ao lado de outros, para que o contrato administrativo fique perfeito. Há, portanto, no contrato, o confronto de dois interesses manifestados: de um lado, o da Administração, e do outro, o do contratante. "A manifestação exprime o interesse público, do qual é guardiã, e por isso se coloca num plano de superioridade sobre o particular. Mas, em contrapartida, ela precisa do particular, tem de atrair o interesse deste, sem o que nada poderia fazer. Desta maneira, é necessário harmonizar as coisas, de sorte que se conjuguem as vantagens para ambos. Sem abrir mão de suas prerrogativas, cumpre à Administração, segundo as normas do Direito, assegurar ao contratante compensações, porque não seria lícito, moral, nem mesmo útil, sacrificar quem vai auxiliar o Estado na consecução dos seus propósitos (Luciano Benévolo de Andrade, in "Curso Moderno de Direito Administrativo", Saraiva, 1975, p. 176).

A parte que firma o contrato com o Estado está se ligando a um interesse livremente manifestado. Não há que se falar em comprometimento da vontade por causa da existência de disposições unilaterais de normas legais ou regulamentares da própria Administração. Se a Administração impõe sua vontade por interesse público, na expressão de Posada ("Direcho Administrativo", vol II, p. 264, "apud" Henrique de Carvalho Simas, "Manual Elementar do Direito Administrativo", p. 307, Freitas Bastos) e o particular ou a pessoa de Direito Público contratante aceita a supremacia invocada, a vontade atuou livremente, não se operando posição de mando, por ter-se reconhecido o direito do Estado de assumir, no contrato, a posição privilegiada.

O que prevalece é a manifestação de vontades, sem os vícios do Direito Comum e que tenha por "objeto maior a criação de uma obrigação jurídica de prestação de coisas materiais ou de serviços pessoais, mediante uma remuneração" (Henrique Simas, p. 306, obra citada).

É conhecida a pregação de Themístocles Brandão Cavalcanti de que "é preciso não exagerar nem conceitos nem doutrinas (p. 197, "Tratado de Direito Administrativo", vol. I, 1964, Freitas Bastos)". Não é esta a melhor forma de fazer ciência, tendo em vista a possibilidade de ocorrer distorção da realidade.

A manifestação da vontade, no campo do Direito Público representa a atuação do Estado, pelo que não pode se circunscrever às peculiaridades e amplitudes do Direito Privado, conforme a observação de Themístocles Brandão Cavalcanti, p. 197, obra citada.

A manifestação da vontade da Administração está sempre vinculada ao interesse público. Compreende, assim, uma série de atividades que não pertencem ao poder contratante. Exterioriza um conteúdo próprio que se encontra ligado à função do Estado, que tem por fim realizar o bem-estar social.

É só aparente a impossibilidade do Estado poder manifestar sua vontade. Este, quando invade o mundo exterior, através dos representantes dos poderes do Estado, produz consequências e se enquadra nos limites jurídicos fixados pelo sistema positivo.

#### 5. Forma prescrita em lei

O último elemento comum formador de todos os contratos é a forma prescrita em lei. Nos contratos administrativos a lei deve ser observada rigorosamente. A forma do contrato que ela prescrever é uma condição extrínseca que, havendo falta, implica em nulidade.

O Código de Contabilidade Pública (Lei 4.356, de 28.1.22, regulamentada pelo Decreto 15.783, de 8.11.22) estabelece, no art. 54, que os contratos administrativos em que figure a União como parte só terão validade se obedecerem às seguintes condições: a) que sejam celebrados por autoridade competente para empenhar como o ordenador da despesa; b) que os serviços tenham sido autorizados por lei (orçamento) e que haja expressa referência à lei que autorizou o serviço, a verba, as despesas e o crédito; c) que haja especificação dos serviços, ou da obra contratados: preço e quantidade dos materiais; d) que haja especificação dos materiais; e) que os termos do contrato estejam de acordo com a concorrência; f) que sejam os contratos lavrados na repartição competente ou por escritura pública, nos casos exigidos por lei.

No tocante aos contratos de obras e serviços de engenharia acordados entre a Administração (União, Estados, Distrito Federal, Municípios e suas autarquias) e particulares, há de se obedecer a forma ditada pelo art. 53, do Decreto 73.140, de 9.11.73: "Os instrumentos contratuais obedecerão à minuta-padrão aprovada, regimentalmente, pelo órgão ou entidade contratante: § 1.º — Caberá aos setores técnicos do órgão ou entidade, a formulação e o fornecimento, aos setores jurídicos encarregados da lavratura do contrato, de minuta das cláusulas técnicas do instrumento, que retratarão fielmente o estipulado no Edital. § 2.º — O contrato será firmado pela autoridade competente, em nome da Administração e pelos representantes da empresa vencedora".

Há de serem, ainda, obedecidas outras formalidades que são necessárias para a validade dos contratos administrativos, de acordo com as regras do Código de Contabilidade Pública. Assim, nos contratos que sejam estipulados preços em moeda estrangeira, deve ser declarada a data ou a taxa de câmbio para a conversão (art. 232 do Regulamento do Código de Contabilidade Pública), que sejam traduzidos legalmente em vernáculo, se foram lavrados em língua estrangeira; que respeitem as disposições do Direito Comum e da legalidade fiscal; que fiquem bem definidas as obrigações recíprocas dos contratantes, quanto à execução ou rescisão dos contratos; que haja cláusula expressa relativa à garantia oferecida para assegurar o cumprimento do contrato, bem como, das estipulações subsidiárias referentes à mesma garantia; que haja cláusula declarando competente o foro nacional brasileiro, para dirimir questões judiciais originadas dos contratos, quando envolverem, como partes, pessoas naturais ou jurídicas estrangeiras.

Há, também, com referência aos contratos de obras ou serviços de engenharia, regulados pelo Decreto Federal 73.140, de 1973, cláusulas obrigatórias (art. 51):

I — Qualificação das partes; definições, trabalhos a executar, e sua natureza; normas pertinentes; planos, programas, fases e etapas, cronogramas físico e financeiro, fundamento legal, inclusive da dispensa da licitação, recursos financeiros e correspondentes empenhos;

II — Valor do contrato, preços, formas de pagamento, condições de reajustamento, se previsto no ato convocatório, bem como, a natureza e o valor das garantias exigidas;

III — Sistema de fiscalização, prazo e condições de execução e de recebimento da obra ou serviço;

IV — Indicação dos equipamentos e processos que serão empregados na obra ou serviço;

V — Penalidades a que estará sujeito o contratado;

VI — Responsabilidade das partes e casos de rescisão do contrato, observado o parágrafo único deste artigo;

VII — Foro e privilégio que houver, na hipótese de procedimento judicial, inclusive a estipulação obrigatória da cláusula que estabeleça a cobrança, pelo rito do executivo fiscal, de quaisquer importâncias devidas pelo contratado à Administração.

A vinculação do contrato administrativo à forma prescrita em lei determina, portanto, a sua operosidade no mundo jurídico. Além do que foi exposto, muitas vezes a sua formação depende, ainda, de publicação e quaisquer outras formalidades que podem ser exigidas pela lei, tais como o procedimento seletivo denominado licitação que será objeto de estudo em tema exclusivo.

## 6. Elementos específicos do contrato

Os elementos constitutivos gerais do contrato foram examinados. Há, também, elementos específicos que são incluídos na sua participação, como de conteúdo obrigatório. São, em resumo, os seguintes: 1. Nome e qualificação das partes; 2. objeto do contrato; 3. prazo para a sua execução; 4. condições técnicas, administrativas e financeiras de execução; 5. forma de remuneração; 6. previsão das infrações e correspondentes sanções; 7. sujeição ao controle legal; 8. estipulações inerentes à natureza específica do contrato.

De natureza específica podem, também, ser tituladas as cláusulas denominadas de exorbitantes ou administrativas ou derogatórias do Direito Comum.

José Cretella Júnior considera bastante expressivo o nome de cláusula exorbitante ("Tratado de Direito Administrativo", vol. III, p. 50) "por ser, realmente, uma cláusula que sai da órbita, que se afasta dos cânones do Direito Privado. Exorbita do Direito Civil para entrar na órbita administrativa. Desprivatiza-se para publicizar-se. Despe seus traços típicos do Direito Civil para vestir a roupagem administrativa".

As cláusulas exorbitantes contribuem, na atualidade, para fortalecer a teoria do contrato administrativo. A noção do que seja não se encontra, na doutrina, bem definida. Alguns afirmam que é toda cláusula derogatória do direito comum. Outros, que são somente as cláusulas que permitem estabelecer a diferença entre os contratos administrativos e os de Direito Privado ou de Direito Comum.

A cláusula exorbitante existe quando a Administração se arroga com direitos sobre seu contratante que um particular não poderia exercer, porque as leis e os regulamentos não o autorizam, só havendo por causa da finalidade do serviço público, que autoriza o sacrifício da liberdade dos administrados nas sujeições a que estes ficam submetidos.

São exorbitantes do Direito Comum, portanto, as chamadas cláusulas "penais"; as que permitem a Administração baixar instruções para a execução do contrato; as que prevêm o direito de rescisão unilateral em proveito da Administração; as que estabelecem condições especiais exorbitantes do Direito Comum, para a contratação de certos serviços autônomos ou serviços industriais ou comerciais do Estado.

Sobre as cláusulas exorbitantes não se pode deixar de lembrar que muitos autores consideram a referida cláusula como elemento específico para caracterizar o contrato de Direito Público.

## 7. Formalização material do contrato

Os contratos administrativos sempre se revestem de forma escrita. É evidente a razão. As obrigações assumidas pelo Poder Público dependem de registro nas repartições competentes. "A inexistência de ajuste escrito ou o defeito de forma, vicia irremediavelmente a manifestação da vontade da Administração e invalida o conteúdo contratual" (Hely Meirelles, "Direito Administrativo Brasileiro", 2.<sup>a</sup> ed., p. 229, Ed. RT).

A forma escrita pode variar, nos termos e casos que a lei estabelecer: contrato formal; termo em livro próprio com força de contrato; carta-contrato; empenho de despesa; autorização de compra; ordem de execução de serviço (art. 134, do Decreto-lei 200, de 1967).

No momento, o art. 72, §§ 5.º e 6.º, da Constituição Federal, substituiu o controle prévio da legalidade pelo controle "a posteriori". Os contratos administrativos não precisam ser registrados pelo Tribunal de Contas para se tornarem perfeitos, exigência das Constituições Federais de 1934, 1937 e 1946.

## Bibliografia

- Andrade, Luciano Benévolo de, "Curso Moderno de Direito Administrativo", Saraiva, 1975, pp. 175-179.  
 Júnior, José Cretella, "Tratado de Direito Administrativo", Forense, vol. III, 1967, pp. 27-52.  
 Cavalcanti, Themístocles Brandão, "Tratado de Direito Administrativo", vol. I, Freitas Bastos, 1964, pp. 304-315.  
 "Curso de Direito Administrativo", Freitas Bastos, 1961, pp. 70-77.  
 Caetano, Marcelo, "Princípios Fundamentais do Direito Administrativo", Forense, 1977, pp. 215-229.  
 Meirelles, Hely Lopes, "Direito Administrativo Brasileiro", Ed. RT, 2.<sup>a</sup> ed., 1966, pp. 227-230.  
 Schiesari, Nelson, "Direito Administrativo", T.J., Hemeron Editora, 1975, pp. 145-148.  
 Simas, Henrique de Carvalho, "Manual Elementar de Direito Administrativo", Freitas Bastos, 1974, pp. 305-311.  
 Tácito, Caio, "Direito Administrativo", Saraiva, 1975, pp. 291-293; "O Abuso do Poder Administrativo no Brasil", p. 27.