

O FATO DO PRÍNCIPE NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

José dos Santos Carvalho Filho

Na múltipla atividade a cargo do Poder Público, bem como dentro dos objetivos para os quais se dirige a atuação estatal, não pode deixar de dar relevância às declarações de vontade constitutivas da concretização dessa atuação.

De algumas vezes, o Poder Público emite vontades unilaterais, normalmente em decorrência de seu *ius imperii*, que dão origem aos atos da Administração Pública, denominando-se atos administrativos doutrinariamente aqueles que têm natureza jurígena.

Outras situações exigem, entretanto, que a Administração Pública se aproxime dos particulares e junto a estes manifeste sua vontade para um objeto de interesse público. Nesse momento, surgem os contratos da Administração Pública. ⁽¹⁾

Essa aproximação de vontades, que se consubstanciam afinal na celebração de um contrato, não pode, pela própria natureza jurídica deste instrumento, prescindir do *vinculum iuris* necessário para poder permitir a cada manifestante que imponha à outra parte o cumprimento das obrigações assumidas naquele ajuste.

Essa característica, aliás, tem seu *habitat* na teoria geral do contrato, desenvolvida pelos romanos após séculos e séculos de evolução. Por isso, o ordenamento jurídico dá à pessoa física ou jurídica a oportunidade de contratar, escolhendo os termos do ajuste segundo as suas conveniências, e outorga, ainda, o condão de sujeitar definitivamente os sujeitos. ⁽²⁾

Como é natural, os ajustes da Administração Pública que vêm a se constituir em forma contratual terão que estar submetidos, de modo geral, às normas e aos princípios gerais dos contratos, insculpidos no campo do Direito Privado. As exceções que vão ocorrer pelo singular objeto de interesse público que reveste a atuação do Estado não infirmam a incidência das normas privadas obrigacionais, porque o Direito Público não criou ainda sistemática exclusiva aplicável àquele campo.

Desse modo, estarão presentes nos contratos da Administração Pública os pressupostos genéricos de validade dos contratos — a capacidade das partes, a licitude do objeto e a adequação da forma. ⁽³⁾

Entretanto, quando o Poder Público se vincula contratualmente aos particulares, para delegar-lhes tarefas executórias necessárias à

(1) Sergio de Andréa Ferreira, *Direito Administrativo Didático*, 1979, pág. 211.

(2) Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Privado*, vol. III, pág. 13, 1974.

(3) Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil*, vol. 5º, 1976, págs. 5/7.

consecução da atividade pública, poderá igualar-se aos executores privados, desvestindo-se de seu poder de império. Surgem, então, os chamados *contratos privados* da Administração, em que esta se situa no mesmo plano jurídico do contratado particular.

Pode ocorrer que o interesse público objeto do contrato celebrado pela Administração seja de tal forma importante que não se possa ter na relação contratual o preceito privatístico da igualdade das partes contratantes, que constitui o dogma fundamental da teoria dos contratos.

Quando, então, a Administração Pública apresenta posição predominante em relação ao particular no vínculo contratual, celebra-se o *contrato administrativo*. Há inegável supremacia da Administração na relação contratual, embora esse fato não desnature a natureza do instrumento, nem retire a este o caráter de consensual. (4)

O fato de figurar a Administração na relação contratual não demarca o perfil do contrato administrativo. Nem o caracteriza o interesse público que revela o objeto do ajuste; podem ser firmados contratos entre particulares em que o objeto represente de algum modo uma atividade de interesse coletivo.

Esses dois fatores — a presença do Estado na relação contratual e o objeto de interesse público — se por um lado devem estar presentes no contrato administrativo, por outro não lhe servem como elemento distintivo por si sós. O traço distintivo é realmente a preponderância da posição que assume o Poder Público ante o particular.

A supremacia do Estado no contrato enseja desde logo uma inevitável conseqüência. Se o dogma da igualdade das partes impõe a igualdade de condição dos sujeitos do contrato, bem como a inexistência de vantagens em favor de qualquer deles, a predominância estatal provoca o nascimento de uma série de prerrogativas conferidas à Administração. Estas, como é óbvio, refogem ao âmbito do direito privado, ou seja, exorbitam dos limites deste campo. Por isso, a doutrina as tem denominado de *cláusulas exorbitantes ou de privilégio*.

Mesmo para autores que não se referem expressamente a essa predominância estatal, entendendo que o contrato administrativo é mero resquício da teoria da função pública, emana das entrelinhas, de forma tácita, mas nítida, o reconhecimento da situação de privilégio, principalmente porque exhibe a prerrogativa do Estado de manifestar-se investido de força pública. (5)

As cláusulas exorbitantes, então, constituem corolário inevitável do fato de ser a Administração Pública superior ao particular no con-

(4) Manoel Oliveira Franco Sobrinho, *Curso de Direito Administrativo*, 1979, pág. 204.

(5) Jorge de Oliveira Toro, *Manual de Derecho Administrativo*, 1976, México, pág. 262.

trato administrativo. E se, por um lado, são ilícitas em avença privada, não o são no contrato de direito público, que tem sempre como objeto uma atividade de interesse coletivo. (6)

Uma dessas cláusulas de privilégio consiste na possibilidade de o Estado rescindir unilateralmente o contrato por interesse administrativo ou por inadimplemento do contratado. É a *rescisão administrativa*, independente de recurso ao Judiciário, e decorrente do poder de auto-executoriedade que impulsiona a Administração, admitindo possa ela agir *sponte sua* para não seccionar o ritmo das atividades a seu cargo. (7)

Pode ainda o Estado alterar unilateralmente o contrato, desde que o faça nas cláusulas de execução ou de serviço, pelas quais se define o *modus faciendi* do ajuste. É claro que, como bem registra *Hely Lopes Meirelles* (8), a alteração imposta pelo Poder Público pode trazer a necessidade de revisão nos preços antes estipulados, a fim de se manter íntegro o equilíbrio econômico e financeiro do contrato.

Em favor do Estado corre ainda a possibilidade de a Administração não admitir que o particular oponha, em alguns casos, a *exceptio non adimpleti contractus*, forma de defesa prevista no art. 1.092, do C. Civil, tudo porque a paralisação do objeto do contrato acarreta inarredável prejuízo ao interesse coletivo, o que é incompatível com os direitos que se podem outorgar a particulares executores de serviços públicos.

Pode haver outras cláusulas de privilégio a serem criadas por lei. As acima apontadas promanam dos princípios de direito público incidentes em toda área de atividade pública. Uma coisa parece insuscetível a dúvidas: essas prerrogativas decorrem exatamente de assumir a Administração uma posição de predominância em face do particular, despindo-se da roupagem do direito civil para vestir a do direito administrativo. (9)

Se a Administração faz jus a tantas prerrogativas, nem por isso deixa o particular de ter alguns direitos quando contrata com o Estado. O principal destes é, sem dúvida, o direito ao equilíbrio econômico e financeiro do contrato, pelo qual não pode ser responsável pela ocorrência de fatos imprevisíveis e extraordinários que venham a refletir-se sobre a execução do ajuste, aos quais não tenha dado causa.

(6) *Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro*, 1979, pág. 185.

(7) *Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Curso de Direito Administrativo*, 1974, pág. 152.

(8) *Obr. cit.*, pág. 187.

(9) *José Cretella Junior, Dicionário de Direito Administrativo*, 1977, pág. 128.

Por isso é que, dando foros de generalidade no que concerne aos contratos administrativos, bem assinalou na doutrina francesa Georges Vedel que o particular tem o direito de ver equilibrado o vínculo contratual. (10)

E logo adiante sustenta o grande professor da Universidade de Paris que, embora possa a Administração Pública modificar os pesos num dos pratos da balança, não deve deixar de assegurar ao prejudicado a necessária compensação financeira. No caso da possibilidade material de execução do serviço cometido ao particular, tudo deve ser feito para que seja mantido o equilíbrio contratual, mesmo que não seja o Estado o autor direto da ruptura desse equilíbrio. (11)

O dado fundamental que caracteriza o *fato do príncipe* reside na sua proveniência: origina-se sempre do próprio Estado, no exercício de atividade *lícita*. (12)

Esse fato oriundo da Administração Pública não se pré-ordena diretamente ao particular contratado. Ao contrário, tem cunho de generalidade, embora reflexamente incida sobre o contrato, ocasionando oneração excessiva ao particular independentemente da vontade deste.

Constitui, na verdade, uma *álea administrativa*, extraordinária e extracontratual. (13) Extraordinária porque representa uma sobrecarga ao executor, dificultando — o ou o impedindo de dar consecução ao ajuste; extracontratual porque não tinha sido prevista ao momento da celebração do acordo. Tal *álea* — é mister repisar — é sempre administrativa; o fato é imputável ao Estado, e este o praticou licitamente, alvejando o interesse público que sempre tem que buscar. (14)

A repercussão jurídica do *fato do príncipe*, decorrente da necessidade de manter-se o equilíbrio financeiro do contrato, depende da extensão que possa ensejar no que toca ao cumprimento do contrato. O fato poderá impedir totalmente a execução do contrato, ou dificultá-la, provocando óbices que trazem uma sobrecarga ao contratado.

De qualquer modo, cabe ao Estado a obrigação de indenizar o particular. No caso de dificultar o cumprimento do contrato, embora possível a execução sob o ângulo material (logicamente com prejuí-

(10) "Dans toute la zone ou l'Administration exerce des prérogatives exorbitantes du droit commun, le caractère conventionnel des contrats administratifs se manifeste par le droit du cocontractant à ce que, nonobstant les modifications apportées légitimement par l'Administration à l'exécution du contrat, l'équilibre financier soit respecté" (Droit Administratif, Thémis, PUF, Paris, 1976, pág. 235).

(11) Ob. cit., pág. 236.

(12) Caio Tácito, Direito Administrativo, 1975, pág. 207.

(13) Hely Lopes Meirelles, ob. cit., pág. 191.

(14) Caio Tácito, ob. cit., pág. 207.

zo), deve o Poder Público ser obrigado a rever as cláusulas financeiras de modo a cobrir esses prejuízos. Se o fato obstar inteiramente a execução, outra não pode ser a solução senão a da rescisão do contrato, indenizando-se o particular com todas as parcelas computáveis no montante necessário à plena recomposição patrimonial.

Entendemos aqui, com apoio na linha doutrinária mais moderna, que o *fato do príncipe* se resolve através do direito de *revisão de preço*, conferido ao particular prejudicado. A revisão se concretiza por uma e dentre duas maneiras alternativas: ou pelo reajuste das cláusulas financeiras do contrato, ou pela rescisão do ajuste. ⁽¹⁵⁾ Em ambos os casos, caberá ao Estado o ônus indenizatório, incidindo o princípio do equilíbrio financeiro do contrato.

As duas formas de restabelecimento do equilíbrio financeiro do contrato são registradas por *Jean Rivero*, com lineamentos precisos, já que admite indenização total ou parcial, conforme o prejuízo que resulte do fato do príncipe. ⁽¹⁶⁾

Ensina *Caio Tácito* ⁽¹⁷⁾, com apoio em *Péquignot (Revue du Droit Public et de la Science Politique, 1952, pp. 202/203)*, ser irrelevante que o Poder Público tenha violado a equação financeira de forma direta, diante de uma alteração contratual, ou se apenas indiretamente atingiu a execução do contrato.

Permitimo-nos, com a vênua devida, discordar, sem embargo da autoridade indiscutível do autor. O *fato do príncipe* tem caráter de generalidade. Quando o Estado se utiliza de sua prática, visa a toda a coletividade, ou melhor, a todos quantos se encontrem sob a norma estatal editada, inclusive o contratado particular. Desse modo, é fácil constatar que o *fait du prince* se reflete sobre o contratado por tabela, ou seja, apanha-o na condição de membro da coletividade. Assim, como ele não deu causa à inexecução, não pode ser compelido a realizar o objeto do contrato, nem pode deixar de fazer jus à reparação dos prejuízos que o fato lhe causar.

O ataque estatal direto às cláusulas de serviço ou de execução do contrato não tem foros de generalidade. Nesse caso, o Poder Público faz uso de prerrogativa que lhe é reconhecida em face do interesse público que constitui o alvo de sua atividade — a de poder alterar unilateralmente o *modus faciendi* do contrato. Trata-se, como visto, de cláusula exorbitante. Aqui o ato também é lícito e o particu-

(15) Na verdade, parece-nos que se há rescisão não poderá estar havendo revisão de preço. Naquela hipótese, há, isto sim, indenização. É nesse sentido que se deve entender a segunda forma de revisão.

(16) "Lorsque la puissance publique (le prince) aggrave, par son fait, les conditions d'exécution du contrat, elle peut être d'indemniser le cocontractant. L'indemnisation est alors intégrale, c'est-à-dire égale au préjudice subi" (Droit Administratif, Dalloz, Paris, 1977, pág. 127).

(17) *Ob. cit.*, pág. 207.

lar tem da mesma forma direito ao reajuste das cláusulas financeiras. Mas esse fato é consubstanciado por investida direta do Poder Público no ajuste que celebrou, ao passo que o *fato do príncipe* foi produzido para um fim próprio e geral, abrangendo o particular de *passagem*.

Por outro lado, se o Estado intervier diretamente no contrato, impossibilitando a execução, atua com culpa civil, fundamento do dever de indenizar. Se emite norma genérica e lícita que interfere no contrato, embora também impedindo a consecução do objeto, não se pode dizer que tenha havido culpa, na acepção que o direito atribui; o direito do particular continua sendo o de revisão do contrato, que, nessa hipótese, porém, somente pode revelar-se pelo desfazimento do ajuste. O fundamento da indenização é verdadeiramente a responsabilidade objetiva da Administração, na qual não se perquire o elemento *culpa*. (18)

É importante observar que o *fato do príncipe* incoorre quando a álea é previsível, inserida como elemento natural de todos os contratos. Cumpre que represente um fato imprevisível, incidente sobre o ajuste e provocador de sobrecarga para o particular executor do serviço ou da obra pública.

Informa *Caio Tácito* que o Conselho de Estado francês, a partir de 1949, tem limitado a aplicação da teoria do *fato do príncipe* às medidas tomadas pela própria administração contratante. Se o fato provém de autoridade estranha ao contrato, aquele órgão remete a solução para a teoria da imprevisão. (19)

Não nos parece coerente esse modo de solucionar as hipóteses. A uma, porque o fato superveniente que enseja a aplicação da teoria da imprevisão não é imputável à Administração Pública. Ademais, o Poder Público é um todo unitário de propósito comum — o interesse da coletividade. Não importa, a nosso ver, que a álea administrativa se origine da União Federal e incida sobre um contrato administrativo celebrado por Estado-membro; nem que o ato tenha sido praticado pelo Estado-membro no âmbito de sua competência com reflexo sobre ajuste firmado por Município. Todas as unidades constituem parcelas do Poder Público. Tendo o fato as linhas que demarcam o *fato do príncipe*, não há por que se dar efeito jurídico diverso conforme a autoridade responsável pelo ato.

Se um Estado-membro, por exemplo, celebra contrato com particular, no qual se preveja a importação de determinado material, imprescindível à execução do serviço, e, posteriormente, venha a União a proibir a importação do produto (ou romper relações com único país que o fabrica), está claro que a impossibilidade de concluir

(18) *André de Laubadère, L'évolution du Droit Public*, págs. 390/302.

(19) *Ob. cit.*, pág. 208.

são do objeto do contrato decorre desse fato, revestido das áleas extraordinária e extracontratual e, inegavelmente, administrativa, não importando que tenha sido proveniente de autoridade pública diversa daquela que figurou na relação contratual originária.

Este, porém, não tem sido o pensamento da jurisprudência francesa a respeito do tema, como informa *Jean Rivero*.⁽²⁰⁾

Não vemos como possa haver assimilação da álea administrativa pela álea econômica. É claro que a repercussão do fato administrativo acarreta para o particular conseqüências de ordem econômica. Não obstante, o fato estará sendo inteiramente imputado à Administração. O que em doutrina se tem chamado álea econômica é o fato cuja ocorrência não pode ser tributada diretamente ao Poder Público, ou seja, em que este não tenha intervindo pela sua manifestação de vontade.

Seja como for, é questão de técnica jurídica na aplicação dos princípios adequados. O que não se pode contestar, num ou noutro caso, é o direito do particular de obter a recomposição patrimonial dos prejuízos derivados de fatos a que não deu causa e que, impossibilitando ou dificultando a conclusão do contrato, se tenham revestido da natureza de imprevisíveis, extraordinários e extracontratuais, rendendo ensejo, pois, à obrigação do Estado de restabelecer o equilíbrio financeiro rompido.

Esses os principais lineamentos jurídicos da teoria do *fato do príncipe*.

(20) "La théorie ne joue jamais quand la mesure qui allourdit les charges du cocontractant émane non de la personne publique contractante, mais d'une autre personne publique, par exemple, quand un décret, acte de l'État, aggrave, en matière sociale, la situation des cocontractants des collectivités locales. Dans ce cas, il y a assimilation de l'álea administratif à l'álea économique, et application éventuelle de la théorie de l'imprévision." (obr. cit., pág. 127)