

# O RELATIVISMO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

ARNOLDO WALD

1. No Direito Administrativo desenvolveu-se, recentemente, a teoria dos contratos de colaboração, que não eram concebíveis no século passado e que são o resultado prático de uma elaboração do Direito da crise.

2. Sabemos que o contrato administrativo pode ser de *colaboração* ou de *atribuição*. No contrato de colaboração, o particular, contratado pela Administração Pública, obriga-se a prestar-lhe determinado serviço ou a realizar determinada obra, como ocorre nos contratos de obras, serviços ou fornecimentos. No contrato de *atribuição*, a Administração confere ao particular determinadas vantagens ou direitos, como, p. ex., o uso especial de bem público. (1) Por exemplo, o contrato de administração contratada, como espécie de contrato de obra pública, é tipicamente um contrato de colaboração.

3. A colaboração entre a empresa privada e a Administração, direta ou indireta, decorre da necessidade de ser dada ao contrato administrativo maior *flexibilidade*, que se torna necessária e indispensável para a realização da obra pública, em virtude das próprias cláusulas exorbitantes existentes no contrato e do atendimento imperativo do interesse público.

4. Dentro dos limites em que a obra administrativa pressupõe a possibilidade de *situações imprevistas*, que devem ser superadas, ou de *modificações posteriores unilateralmente impostas* por uma das partes à outra, que devem repercutir o mínimo possível no ritmo dado à obra, resolvendo-se as consequências das novas situações criadas em ressarcimento devido ao contratado, *impõe-se uma relação dinâmica, negociada ou concertada*, que se deve estabelecer entre as partes.

5. Ademais, o gigantismo das obras estatais e a velocidade em que devem ser realizadas, para atender ao interesse público, nem sempre permitem um planejamento prévio, detalhado, tanto no campo técnico como financeiro, obrigando a Administração e o empresário a recorrerem, constantemente, à criatividade para dar soluções aos problemas que surgem.

6. Assim sendo, a viabilidade da realização de grandes obras, especialmente quando pioneiras e de tecnologia complexa, pressupõe um diálogo constante entre o contratante e o contratado, abrangendo as decisões de situações não previstas contratualmente ou daquelas que sofreram profundas mutações, não imputáveis a qualquer das partes.

7. Assim, enquanto o Direito Administrativo do século XIX caracterizou-se pelo seu caráter autoritário e pela possibilidade de predeterminação de todas as situações, num mundo considerado seguro e estável, a rápida evolução dos fatos tecnológicos e financeiros, as constantes modificações legais e a impossibilidade de qualquer previsão, a médio ou longo prazo, no plano econômico exigiram uma reformulação do Direito Administrativo, que os estudiosos definiram em termos muito claros, como passando a ser um a Direito flexível, na feliz expressão de Jean Carbonnier.

8. Em artigo no qual examina os efeitos do aleatório no Direito Administrativo, o Prof. André Hauriou, da Faculdade de Direito de Paris, salientou, oportunamente, que: a transformação sofrida pelas Ciências não mais se limita às Ciências Naturais. As noções de *condicionamento*, *aleatoriedade* e *relatividade* desenvolvidas pelos matemáticos, e que, inicialmente, renovaram a Física e a Química, começam a transformar as Ciências Jurídicas e, em particular, o Direito Administrativo. (2)

9. Com efeito, no passado, todo o esforço dos juristas foi no sentido de evitar as *situações aleatórias* e de transformá-las sempre, mediante prévia regulamentação, em *situações determinadas*. Assim sendo, os riscos criados por oscilações de mercado ou pela própria variação das taxas de juros podiam ser aceitos por um dos contratantes, pois as eventuais modificações, sendo diminutas e só ocorrendo paulatinamente, com o decorrer do tempo, não abalavam a própria estrutura do contrato. A determinação, certeza e intangibilidade das prestações de ambas as partes puderam, por longo período, caracterizar as situações do Direito Administrativo, numa fase de vida economicamente estável.

10. As incertezas de um momento de mudanças econômicas cada vez mais rápidas, porém, fizeram com que o Direito Administrativo não mais pudesse deixar de reconhecer a crescente importância do aleatório, atribuindo-lhe efeitos específicos para, conforme o caso, rever o contrato ou rescindi-lo, diante de dificuldades novas e imprevistas para a sua execução. Como a rescisão sempre tem efeitos negativos, importando prejuízo para ambas as partes, foi introduzida nos contratos de Direito Administrativo uma nova variante, que é chamada de “flexibilidade” (*souplesse* do Direito francês), significando uma *interpretação construtiva e negociada do pactuado*, para preencher os even-

tuais espaços vazios e superar as dificuldades geradas por normas que não previram os fatos da maneira pela qual aconteceram.

11. Acresce que não foi só no campo legal, mas também na área contratual, que ocorreu a famosa “revolução dos fatos contra o Direito”, à qual já aludimos, invocando a doutrina francesa. (3)

12. Efetivamente, fundadas seja na teoria da imprevisão, seja nos princípios da boa-fé e da lealdade, que devem inspirar os contratos, a doutrina e a jurisprudência reconheceram a necessidade de permitir a *revisão dos contratos administrativos* de tal modo que seus objetivos pudessem ser realizados, mediante o atendimento dos reflexos das novas situações criadas e que foram conceituadas, nas várias legislações, como *interferências imprevistas (subétions imprévues* ou *changed conditions*), que ocorrem na vida dinâmica da operação. (4)

13. Enquanto no Direito privado as eventuais modificações surgidas podem levar à rescisão do contrato, ou à sua paralisação com base na *exceptio non adimplenti* (art. 1.092 do CC), *no campo do Direito Administrativo o princípio da continuidade das obras públicas leva sempre à manutenção do contrato, com a necessária recomposição de preços e a eventual dilação de prazos.*

14. Entramos, assim, num campo que o Direito francês caracterizou como sendo, na feliz conceituação de Bloch-Lainé, o da *economia concertada*, na qual, para realizar seus planos, o Estado e a Administração vêem-se obrigados a cumprir suas obrigações de acordo com os princípios da negociação, da boa-fé e do respeito aos compromissos recíprocos das partes. (5)

15. A doutrina a mais recente reconhece que existe, nesses contratos, uma obrigação de cooperação, mais densa no seu conteúdo do que as de boa-fé e de lealdade, pois estas importam simples omissão, enquanto aquela impõe um comportamento ativo. Como bem salienta o Prof. Gérard Farjat, da Universidade de Nice, trata-se de uma idéia moderna, que a doutrina invoca cada vez mais freqüentemente e de acordo com o qual “o contrato não se fundamenta necessariamente em relações antagônicas entre as partes, mas pode ter a sua base numa relação de cooperação”. Essa obrigação não se limita a ocorrer no contrato de sociedade, dominado pela *affectio societatis* ou pela *jus fraternitatis*, e no mandato dado no interesse comum das partes, mas vai ainda mais longe e se encontra em casos de colaboração contratual, como os referentes à subempreitada e à concessão exclusiva de venda. (6)

16. Algumas vezes, o contrato que, por sua natureza, poderia não ser considerado associativo passa a sê-lo em virtude da sua própria duração. Assim, *nos contratos de trato sucessivo, a cooperação impõe-se para superar*

as eventuais dificuldades de execução encontradas pelas partes. Neste sentido manifesta-se o Prof. Jean Carbonnier quando escreve: “Se se considera que há — ou, no mínimo, que deveria haver — um *espírito de associação* entre as duas partes no contrato sucessivo, não é absurdo sustentar que ambas devem cooperar para superar a crise surgida na execução do contrato. É esta fórmula de *colaboração* que parece explicar o sistema seguido pelo Direito Administrativo. Ela implica as seguintes conseqüências práticas particulares: 1) *não deve ocorrer imediatamente a revisão autoritária do juiz*, devendo-se convidar previamente as partes para que cheguem a um acordo amigável: 2) na falta de uma solução negociada, o juiz deve encontrar uma *solução equitativa*...” (7)

17. Ademais, não há qualquer contradição entre o espírito de colaboração, que deve inspirar o contrato administrativo, e a existência das cláusulas exorbitantes que o particularizam e distinguem dos contratos privados. Conforme observou Marcello Caetano: “...não há contradição, senão aparente, entre a idéia de associação ou colaboração e a de sujeição, visto que... também o contraente público se encontra submetido ao interesse público; não existe, por conseguinte, colaboração possível entre as duas partes sem essa comum sujeição. (8)

18. No contrato administrativo as partes estão, pois, participando de um verdadeiro contrato associativo, que se caracteriza pela *flexibilidade*, pela *organização comum do trabalho* e pela possibilidade de, frente a situações econômicas adversas ou imprevisíveis, admitir, necessariamente, soluções negociadas ou renegociadas em relação aos problemas que surgem na execução do acordo inicialmente feito.

19. A flexibilidade do Direito Administrativo contemporâneo, particularmente nos aspectos referentes às relações mantidas pelo Estado com os particulares, com vistas à execução de obras públicas, é um dos traços essenciais do Direito Administrativo Econômico.

20. Assim, conforme observou André de Laubadère: “On considere três généralement que le Droit Administratif Economique est principalement caractérisé par une *suppléss* que l'on ne rencontre pas, du moins à ce degré, dans les autres parties du Droit Administratif. On ajoute du reste généralement que ce trait se retrouve dans toutes les branches du Droit Sconomique: en raison des caractéristiques de son milieu propre, en particulier de la matière à laquelle il s'adresse, le Droit Sconomique aspire à se mouvoir dans le cadre de notions, de règles, de théories moins rigides, moins catégoriaues, moins fixes aue les autres Droits”. (9)

## NOTAS

- (1) Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 8ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, p. 191.
- (2) *Le Droit Administratif de l'aléatoire*, in *Mélanges Offerts a Louis Trotabas*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1970, p. 198.
- (3) Gaston Morin, *La Révolte du droit contre le Code*, Paris, Sirey, 1945.
- (4) Hely Lopes Meirelles, ob. cit. 224.
- (5) Roger Percerou, in "Prefácio" da obra de Michel Pleuriet, *Les Techniques de l'Économie Concertée*, Paris, Sirey, 1974, p. VII.
- (6) Gérard Farjat, *Droit Privé de l'Économie — Théorie des Obligations*, Paris, Presses Universitaires de France, 1975, pp. 176-274.
- (7) *Théorie des Obligations*, Paris, Presses Universitaires de France, 1963, p. 262.
- (8) *Manual de Direito Administrativo*, 10ª ed., t. I/589, Coimbra, Almedina, 1980.
- (9) *Droit Public Économique*, 10ª ed., Paris, Dalloz, 1976, p. 109.

--oOo--

*A obediência à lei é um dever, mas, como todos os deveres, é relativo; repousa na suposição de que a lei parte de uma fonte legítima e se mantém dentro de justos limites.*

BENJAMIN CONSTANT — 'Cours de Politique Constitutionnelle', pág. I/234. Paris, 1872.