

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC SP

SOLANGE FERREIRA DA SILVA

**FUNÇÃO SOCIAL FACE A BASE PRINCIPOLÓGICA DOS
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

Curso de Especialização em Direito Contratual

São Paulo
2012

SOLANGE FERREIRA DA SILVA

**FUNÇÃO SOCIAL FACE A BASE PRINCIPIOLÓGICA DOS
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Contratual da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Especialista, sob a Orientação da Professora Doutora Greice Patrícia Fuller.

**São Paulo
2012**

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, pela saúde, fé e perseverança que tem me dado.

A minha família, pela e imensa paciência e amor nos momentos turbulentos.

Aos meus sinceros amigos pelo apoio e incentivo.

À minha orientadora pelo exemplo, confiança e carinho.

AGRADECIMENTOS

Agradecemos...

À Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, em especial, à Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão – COGEAE/SP, pelo aprendizado disponibilizado, por meio de professores qualificados e dedicados, formando profissionais tecnicamente aprimorados, mas, principalmente, com o espírito de justiça renovado na sua maior plenitude.

À Dra. Greice Patrícia Fuller, pela orientação segura e tempo carinhosamente dedicado, para que este trabalho se tornasse realidade.

Aos mestres que passaram pela minha vida, pois o aprendizado e a formação se iniciam no jardim.

Aos meus sinceros amigos de sempre, que me incentivaram e me alimentaram com palavras de determinação e bom humor.

Por fim, mas, não menos importante, a Deus e a minha família, pela força, equilíbrio e amor.

“Quando uma criatura humana desperta para um grande sonho e sobre ele lança toda a força de sua alma, todo o universo conspira a seu favor”.

Johann Goethe

RESUMO

O presente estudo tem como escopo realizar preliminarmente a análise dos princípios da Administração Pública previstos na Constituição Federal especialmente em seu artigo 37, somados àqueles adicionados pela Constituição Paulista em seu artigo 111. No segundo momento, busca-se conceituar o contrato administrativo, detalhando suas características, explorando a singularidade do contrato nas relações celebradas pela Administração Pública. Seguindo adiante, abordamos igualmente os princípios que norteiam as relações jurídicas e privadas, objetivando a um raciocínio comparativo dos princípios administrativos e privados, de maneira prática e didática, objetivando a vertente do princípio da função social. Por derradeiro, considerando que o eixo da discussão é trazer ao leitor a presença da função social para a base da Administração Pública, pontuamos aqueles que se emolduram na função social, com exemplos jurisprudenciais.

Palavras-Chave: Função. Social. Princípios. Contratos. Administrativos.

ABSTRACT

The present study is scoped to conduct a preliminary analysis of the principles of Public Administration in the Federal Constitution especially Article 37, plus those added by the Constitution House in Article 111. In the second stage, we seek to conceptualize the administrative contract, detailing its features, exploring the uniqueness of the contract in relations entered into by the Public Administration. Going forward, we discuss also the principles that guide and private legal relations, aiming at the reasoning of comparative administrative principles and private, in a practical and didactic, aiming to shed the principle of social function. For the last, considering that the center of discussion is to bring the reader the presence of the social base for the Public Administration, we point to those who frame social function, with case law examples.

Keywords: Function. Social. Principles. Contracts. Administrative

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1 PRINCÍPIOS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	11
1.1 REGIMES PÚBLICO E PRIVADO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	11
1.2 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	14
1.3 LEGALIDADE.....	14
1.4 IMPESSOALIDADE.....	15
1.5 MORALIDADE ADMINISTRATIVA.....	16
1.6 PUBLICIDADE.....	18
1.7 GARANTIAS CONTRA A NEGATIVA INJUSTIFICADA DE OFERECIMENTO PELO PODER PÚBLICO.....	20
1.8 EFICIÊNCIA.....	21
1.9 MOTIVAÇÃO.....	24
1.10 AUTOTUTELA.....	25
1.11 CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO.....	26
1.12 RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.....	28
1.13 SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO.....	30
1.14 PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE OU DE VERACIDADE.....	31
1.15 ESPECIALIDADE.....	32
1.16 CONTROLE OU TUTELA.....	32
1.17 HIERARQUIA.....	33
1.18 SEGURANÇA JURÍDICA, PROTEÇÃO À CONFIANÇA E BOA FÉ.....	34
2 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: NOÇÕES GERAIS E CARACTERÍSTICAS.....	36
2.1 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: NOÇÕES GERAIS.....	36
2.2 CARACTERÍSTICAS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	39
2.3 PRESENÇA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO PODER PÚBLICO.....	39
2.4 FINALIDADE PÚBLICA.....	39
2.5 OBEDIÊNCIA DA FORMA PRESCRITA EM LEI.....	40
2.6 PROCEDIMENTO LEGAL.....	41
2.7 NATUREZA DE CONTRATO DE ADESÃO.....	41
2.8 NATUREZA “INTUITU PERSONAE”.....	42
2.9 PRESENÇA DE CLÁUSULAS EXORBITANTES.....	42
2.9.1 Exigência de garantia.....	43
2.9.2 Alteração Unilateral.....	43
2.9.3 Rescisão Unilateral.....	43
2.9.4 Fiscalização.....	44
2.9.5 Aplicação de Penalidades.....	45
2.9.6 Anulação.....	45
2.9.7 Retomada do Objeto.....	46
2.9.8 Restrições ao Uso da <i>Exceptio Non Adimpleti Contractus</i>	46
2.10 MUTABILIDADE.....	47
3 PRINCÍPIOS DOS CONTRATOS DE DIREITO PRIVADO.....	48
3.1 AUTONOMIA DA VONTADE E LIBERDADE CONTRATUAL.....	48
3.2 PREVALÊNCIA DA ORDEM PÚBLICA.....	49
3.3 FORÇA OBRIGATÓRIA DOS CONTRATOS (PACTA SUNT SERVANDA).....	50
3.4 BOA FÉ OBJETIVA.....	51
3.5 COMUTATIVIDADE E EQUIDADE.....	54

3.6 TEORIA DA IMPREVISÃO (CLÁUSULA <i>REBUS SIC STANTIBUS</i>).....	55
3.7 ONEROSIDADE EXCESSIVA E LESÃO OBJETIVA.....	57
3.8 CARACTERÍSTICAS DOS CONTRATOS PRIVADOS.....	59
3.9 FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS.....	60
4 COMPARATIVO DA BASE PRINCIPIOLÓGICA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS SOB O VIÉS DA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL.....	65
CONCLUSÃO.....	77
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	79

INTRODUÇÃO

Este estudo tem o propósito de analisar a base principiológica dos contratos administrativos e privados, com ênfase para os princípios dos contratos administrativos especialmente sob o viés da aplicabilidade do princípio da função social. A abordagem objetiva demonstrar a função social como finalidade e não como objeto dos contratos.

No capítulo I, iniciaremos conceituando o regime público e privado diferenciando-os, justamente para que o leitor possa compreender o sistema administrativo em linhas gerais, adquirindo assim conhecimento para realizar naturalmente a divisão de atuação: administrativo e privado.

Somente então entraremos no detalhe das bases, dos alicerces dos contratos da Administração Pública, ou seja, seus princípios.

A análise de cada princípio da Administração Pública, tanto aqueles constantes no artigo 37 da Constituição Federal, como aqueles inseridos pela Constituição Paulista, é imperiosa para que se possa compreender o contrato administrativo.

Objetiva este estudo ser didático, com isto, fora inserido no Capítulo II, noções gerais e características dos contratos administrativos. Não poderia ser de forma diferente, pois, muitas serão as particularidades que compõem a avença na qual por força de lei tem o contrato administrativo condições preestabelecidas respaldando o interesse público, face o particular.

No que tange o capítulo III, abordaremos os princípios que esculpem os contratos de Direito Privado, com destaque para os chamados princípios do Direito Moderno, muitos deles incluídos no Código Civil de 2002, no sentido de socializar as relações, humanizando os contratos celebrados, para que deixassem de ser apenas regras rígidas e por vezes de difícil ou impossível cumprimento, para se tornarem reais de acordo com a sociedade e seu tempo.

Espera-se que na evolução da leitura seja possível já realizar um paralelo entre os princípios, divididos nos setores público e privado, consolidando assim o entendimento das suas diferenças e convergências.

Por fim, no capítulo IV, faremos uma consolidação traçando um paralelo entre os princípios da Administração Pública sob o viés da aplicabilidade da função social nas relações jurídicas por ela estabelecidas. Pretende-se com esta análise deixar evidente as nuances da função social na finalidade dos contratos celebrados pela Administração Pública.

1 PRINCÍPIOS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1.1 REGIMES PÚBLICO E PRIVADO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública pode submeter-se a tanto ao regime jurídico de direito privado quanto ao regime jurídico de direito público.

Nesse sentido, é o entendimento de Maria Sylvia Zanella di Pietro¹:

A opção por um regime ou outro é feita, em regra, pela Constituição ou pela lei. Exemplificando: o artigo 173, §1º, da Constituição, prevê lei que estabeleça o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo, entre outros aspectos, sobre “a sujeição ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”. Não deixou qualquer opção à Administração Pública e nem mesmo ao legislador; quando este instituir por lei, uma entidade para desempenhar atividade econômica, terá de submetê-la ao direito privado.

Já o artigo 175 outorga ao Poder Público a incumbência de prestar serviços públicos, podendo fazê-lo diretamente ou sob regime de concessão ou permissão; e o parágrafo único deixa à lei ordinária a tarefa de fixar o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato, de sua prorrogação, bem como as condições de execução, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão. Vale dizer que a Constituição deixou à lei a opção de adotar um regime ou outro.

Insta mencionar que não há um rol já estabelecido de hipóteses em que a Administração poderá contratar utilizando-se dos modelos contratuais privatísticos, pois, tal contratação ocorrerá após análise de cada caso na sua singularidade.

Apenas é importante salientar que independente do cenário em que a Administração celebrar contrato, nunca será integral à sua submissão ao direito privado.

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 59.

Isto porque, apesar de em algumas situações ela, a Administração Pública se nivelar ao particular, no sentido de não exercer sobre ele as prerrogativas do Poder Público, ainda sim, ela não deixará de gozar de certos privilégios, tais como: juízo privativo, a prescrição quinquenal, o processo especial de execução, a impenhorabilidade de seus bens.

Noutras palavras, a Administração Pública sempre utilizará de certos privilégios para objetivar os fins que o ordenamento jurídico lhe atribui e, ao mesmo tempo preservar os direitos dos administrados, possibilitando limitações à atuação do Poder Público, vivenciando assim um ambiente indireto de equidade contratual.

Nesta vertente, Maria Sylvia Zanella di Pietro²:

A expressão **regime jurídico da Administração Pública** é utilizada para designar, em sentido amplo, os regimes de direito público e de direito privado a que pode submeter-se a Administração Pública. Já a expressão regime jurídico administrativo é reservada tão somente para abranger o conjunto de traços, de conotações, que tipificam o Direito Administrativo, colocando a Administração Pública numa posição privilegiada, vertical, na relação jurídico-administrativa.

O Direito Administrativo traz nuances de autoridade, de supremacia sobre o indivíduo, com objetivo de atender fins de interesse geral. O que a nosso ver, parece bastante conflitante, pois, de um lado busca a proteção aos direitos individuais frente ao Estado, respaldado no princípio da legalidade. Entretanto, por outro lado o atendimento a necessidade de satisfação dos interesses coletivos, devidamente respaldados nas prerrogativas e privilégios inerentes à Administração Pública. O raciocínio mais sensato é concluir que um mesmo fenômeno ou circunstância poderá ser classificada de diversas formas, conforme o ângulo que se coloca o analista e até mesmo o foco do que se pretende dar respaldo.

Como afirma Maria Sylvia Zanella di Pietro³ em sua obra:

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.60

³ IDEM, 2009, p. 61.

Daí a bipolaridade do Direito Administrativo: liberdade do indivíduo e autoridade da administração; restrições e prerrogativas. Para assegurar-se a liberdade, sujeita-se a Administração Pública à observância da lei; é a aplicação, ao direito público, do **princípio da legalidade**. Para assegurar-se a autoridade da Administração Pública, necessária a consecução de seus fins, são-lhe outorgadas prerrogativas e privilégios que lhe permitem assegurar a **supremacia do interesse público sobre o particular**.

Entende-se assim, que o conjunto de prerrogativas e restrições da Administração Pública na prática funciona como uma ferramenta de fiscalização própria, impedindo que a Administração Pública se exceda em seus atos, seja, fazendo valer suas prerrogativas em face do particular para casos diversos de eventuais dificuldades no atendimento do interesse público no ambiente particular; seja para fiscalização interna no sentido de realizar apenas o que a lei permite, exemplificativamente publicações de seus atos em Diários Oficiais da União ou Estado.

Observa-se ainda que muitas das prerrogativas da Administração Pública tem vínculo direto com seu rol de princípios, tema que será tratado adiante.

1.2 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

“Princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces da ciência.” É o conceito de José Cretella Júnior (Revista de Informação Legislativa, v. 97, p. 7).

Nesta esteira, indispensável a análise dos princípios a que submete a Administração Pública Direta e Indireta, a saber, os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade administrativa, da publicidade e da eficiência, aos quais a Constituição Estadual de São Paulo acrescentou os princípios da razoabilidade, finalidade, motivação e interesse público. Assim, conforme preceitua o citado diploma legal:

Artigo 111 – A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.

Tendo em vista que o rol de princípios constantes no artigo 37 da Constituição Federal é meramente exemplificativo, os Estados, Municípios e Distrito Federal poderão acrescentar na ocasião da elaboração de suas Constituições, tal qual fez o Estado de São Paulo.

1.3 LEGALIDADE

O princípio da legalidade é fundamento do Estado democrático de direito, que tem por objetivo combater o poder arbitrário do Estado. Figura juntamente com o controle da Administração pelo Poder Judiciário. É uma das principais garantias aos direitos individuais, isto porque, ao mesmo tempo em que a lei os define, igualmente estabelece os limites de atuação da administração em detrimento ao objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade.

Basicamente este é o princípio que melhor demonstra que na relação administrativa, a vontade da Administração Pública sempre decorre de lei.

Realizando um comparativo no direito privado o princípio está intimamente ligado à autonomia da vontade, que permite ao particular a realizar tudo aquilo o que a lei não proíbe. Atuando simultaneamente como um limite para o Poder Público e como uma garantia para os administrados.

Estas relações estão ratificadas na Constituição Pátria em seu artigo **5º, inciso II**, pois assim prevê: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

1.4 IMPESSOALIDADE

Este princípio está repousado na posição de neutralidade que a Administração Pública deverá ter em relação aos seus administrados.

Além de constar no rol de princípios do artigo 37 da Constituição Pátria, a Lei 9.784/99, igualmente aborda a questão da impessoalidade em seu artigo 2º. , parágrafo único, inciso III “objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agente e autoridades”. Neste sentido a Constituição Federal novamente prevê sanção para eventual não atendimento da regra, quando no § 1º. do artigo 37, proíbe que conste nome , símbolos ou imagens que caracterizem qualquer tipo de promoção pessoal de servidores ou autoridades públicas:

A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo, ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridade ou servidores públicos.

O não atendimento ao que prevê a legislação atribui à pessoa jurídica representada pelo agente ou servidor público a responsabilidade pelos danos causados a terceiros, tendo em vista os atos administrativos praticados. Senão vejamos: “As

pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa” (art. 37, §6º da CF).

1.5 MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Espera-se uma atuação da administração com moral, ou seja, lícito, perfeito, nos termos da lei. E ainda, tendo em vista que tal princípio integra o conceito de legalidade, concluímos que ato imoral é ato ilegal, ato inconstitucional e, portanto, o ato administrativo estará sujeito a um controle do Poder Judiciário.

De qualquer modo, embora não seja a finalidade do nosso estudo abordar o histórico do princípio da moralidade, mas, tão somente, gizá-lo, destacamos alguns posicionamentos doutrinários que passamos a expor:

Antônio Brandão afirma ter sido Hauriou o primeiro a falar sobre moralidade administrativa (*Apud* Lúcia Valle Figueiredo, 2008, p. 56):

Quanto à moralidade administrativa, sua existência provém de tudo que possui uma conduta prática, forçosamente da distinção do bem e do mal. Como a administração tem uma conduta, ela pratica esta distinção ao mesmo tempo que aquela do justo e injusto, do lícito e do ilícito, do honorável e do desonorável, do conveniente e do inconveniente. A moralidade administrativa é frequentemente mais exigente que a legalidade. Veremos que a instituição do excesso de poder, graças à qual são anulados muitos atos da Administração, é fundada tanto na noção de moralidade administrativa quanto na legalidade, de tal sorte que a Administração é ligada, em certa medida, pela moral jurídica, particularmente no que concerne ao desvio de poder.

Para Hely Lopes Meirelles, apoiado em Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (*Apud* Diógenes Gasparini, 2004, p. 9):

A moralidade administrativa está intimamente ligada ao conceito do bom administrador, aquele que, usando de sua competência,

determina-se não só pelos preceitos legais vigentes, como também pela moral comum, propugnando pelo que forma melhor e mais útil para o interesse público. Por esta razão, veda-se à Administração Pública qualquer comportamento que contrarie os princípios da lealdade e boa fé.

Igualmente preleciona Maria Sylvia Zanella di Pietro⁴ que:

(...) A imoralidade administrativa surgiu e se desenvolveu ligada à ideia de desvio de poder, pois, se entendia que em ambas as hipóteses a Administração Pública se utiliza de meios lícitos para atingir finalidades metajurídicas irregulares. A imoralidade estaria na intenção do agente.

Seguindo nesta linha de raciocínio de que a imoralidade estaria na intenção do agente, colacionamos mais um trecho da Obra de Maria Sylvia Zanella di Pietro⁵:

(...) A Constituição de 1988, além de repetir aquela norma no artigo 85, V⁶, faz um avanço, ao mencionar, no artigo 37, caput, como princípios autônomos, o da **legalidade** e o da **moralidade**, e, no § 4º. Do mesmo dispositivo, punir os atos de improbidade administrativa com suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. Também menciona o artigo 15, inciso V, que inclui entre as hipóteses de perda ou suspensão dos direitos políticos a de “improbidade administrativa, nos termos do artigo 37, § 4º.”. Por sua vez, o artigo 5º, inciso LXXIII, ampliou os casos de cabimento de ação popular para incluir, entre outros, os que impliquem ofensa à **moralidade administrativa**.

Além disso, a emenda Constitucional de Revisão nº.4, de 7-6-94, alterou o §9º. Do artigo 14 da Constituição para colocar a **probidade administrativa** e a **moralidade para o exercício de mandato** como objetivos a serem alcançados pela lei que estabelecer os casos de inexigibilidades.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 76.

⁵ IDEM, 2009, p. 77.

⁶ Constituição Federal de 1967.

Importante ressaltar que o princípio não deverá ser observado apenas pelos administrados, mas igualmente pelo particular que se relaciona com Administração Pública, pois, inúmeros os casos que abordam irregularidades nos procedimentos licitatórios, que destacam postura imoral do particular frente ao administrador em busca de vantagem.

Desta síntese pode se concluir que tal princípio está apegado à questões de caráter e ética, muito mais do que aspectos legais (princípio da legalidade), o que está em pauta na realidade é a honestidade e boa fé daquele que almeja a vantagem.

1.6 PUBLICIDADE

Estampado no artigo 37 da Constituição Federal, tal princípio exige que os atos da Administração devam manter plena transparência de todos os seus atos e comportamentos, inclusive disponibilizando informações armazenadas em seus bancos de dados à coletividade quando solicitados. Por este motivo todo, absolutamente todos os atos da administração deverão obrigatoriamente ser publicados em Diário Oficial.

Neste sentido Gasparini⁷, contribui com o seguinte ensinamento: “Este princípio torna obrigatória a divulgação de atos, contratos e outros instrumentos celebrados pela Administração Pública direta e indireta, para conhecimento, controle e início de seus efeitos.”

Eventuais conflitos entre o interesse particular e público será utilizado o princípio da proporcionalidade, respaldado na observância das regras de necessidade, adequação e proporcionalidade.

O princípio da publicidade guarda exceções de sigilo envolvendo questões do Estado Brasileiro, tais como: segurança pública e segurança da sociedade, incluída na segurança do Estado que tem por objetivo garantir a ausência de conflitos não colocar

⁷ GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 10

em risco a ordem pública, soberania ou ofensa à quaisquer fundamentos da República referidos nos artigos 1º. e 3º. da Constituição Pátria.

Jose Afonso da Silva ⁸(*Apud*, Maria Sylvia Zanella di Pietro, 2009, p. 73), ensina que:

Segurança do Estado é a garantia de sua inviolabilidade especialmente em face de Estados estrangeiros: questões militares, questões de relações externas que envolvam interesses externos e o bom relacionamento do Brasil com outros povos, por exemplo.

Ainda na obra de Maria Sylvia Zanella di Pietro⁹:

No Estado de São Paulo, a Constituição de 1989 também assegura a publicidade administrativa; o artigo 112 exige publicação das leis e atos administrativos externos para que produzam os seus efeitos regulares, apenas permitindo a publicação resumida quando se trate de atos não normativos ; o artigo 114 obriga a Administração a fornecer a qualquer interessado, no prazo máximo de **10 dias**, certidão de atos, contratos, decisões ou pareceres, sob pena de responsabilização da autoridade ou servidor que negar ou retardar a sua expedição.

Neste sentido a legislação igualmente se manifesta a respeito:

Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII da CF).

O prazo para que as informações sejam prestadas é de 15 dias (Lei 9051/95).

⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Comentário contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2005. *Apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 73

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 75

A lei disciplinará as formas de participação do usuário na Administração Direta e indireta, regulando especialmente o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII (art. 37, §3º, II da CF).

1.7 GARANTIAS CONTRA A NEGATIVA INJUSTIFICADA DE OFERECIMENTO PELO PODER PÚBLICO

O legislador prevendo que eventualmente poderia a Administração Pública incorrer em erro, no sentido de não prestar informações ou registros sobre atos do governo, solicitados pelo particular, o que resulta flagrante de impedimento ao acesso às informações de interesse coletivo ou particular, instituiu garantias previstas em lei para socorro daquele que se encontrar neste tipo de cenário.

Estas garantias são resultado da fiscalização que a própria Administração Pública cria para que os serviços sejam efetivamente prestados. São soluções imediatas, que objetivam socorrer a parte prejudicada de forma emergencial, abaixo conceituados:

“*Habeas data*” e Mandado de Segurança: Remédio jurídico de finalidade restrita sugere-se que em outras hipóteses o direito de acesso à informação poderá ser assegurado por meio de vias ordinárias ou Mandado de Segurança, visto que nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser excluída da análise do Poder Judiciário (Artigo 5º. XXXV)

Exemplos:

- Informação sobre o número em que está o precatório; Sobre um parente que desapareceu; sobre plano de desapropriação em determinado imóvel; Sobre transferência de um preso para outra penitenciária.
- A negativa de publicidade aos atos oficiais caracteriza improbidade administrativa. Improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública (art. 11, IV da Lei 8429/92).
- O não oferecimento de certidões de atos ou contratos municipais, dentro do prazo estabelecido em lei, gera como consequência a caracterização de crime de responsabilidade do prefeito (art.1º, XV do Decreto-lei 201/67).

1.8 EFICIÊNCIA

A Administração Pública deve buscar o aperfeiçoamento na prestação dos serviços públicos, mantendo ou melhorando a qualidade dos serviços, com economia de despesas. - Binômio: qualidade nos serviços + racionalidade de gastos.

É *mister* lembrar que mesmo antes da inclusão deste princípio na Constituição Federal com a emenda constitucional 19/98, a Administração já tinha a obrigação de ser eficiente na prestação de serviços. Ex: Lei 8078/90, Lei 8987/95, Lei 9784/99.

A princípio nos parece que o legislador tenta trazer a responsabilidade ao administrador de realizar seus atos e prestação de serviço público, com eficácia e maior desempenho possível, no sentido de lograr os melhores resultados.

Obviamente que causa certa estranheza a legislação prever algo que ao nosso entendimento é imperioso à função de administrador público, de qualquer modo temos a garantia legal de algo implícito e absolutamente necessário.

Nos estudos realizados identificamos que um dos objetivos do Plano Diretor da Reforma do Estado é não só melhorar a organização e o pessoal, mas igualmente finanças e forma de aplicação do recurso federal disponibilizado. Atuando assim de forma funcional e harmoniosa para com a sociedade civil.

Neste sentido a Administração Pública tem atuado disponibilizando alguns sistemas eletrônicos para acompanhamento de execução de convênios e contratos com ela celebrados, como exemplo mencionamos o SICONV¹⁰

Hely Lopes Meirelles (2003, p. 102 *Apud* DI PIETRO, 2009, p. 82)¹¹:

(...) eficiência como um dos deveres da Administração Pública, definindo-o como “o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros”. Acrescenta ele

¹⁰ Disponível em: (www.convenios.gov.br/siconv), acesso em 28/05/2012.

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2003 *Apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.82

que: “esse dever de eficiência bem lembrado por Carvalho Simas, corresponde ao ‘dever de boa administração’ da doutrina italiana, o que já se acha consagrado, entre nós, pela Reforma Administrativa Federal do Dec. Lei 200/67, quando submete toda a atividade do Executivo ao controle de resultado (arts.13 e 25, V), fortalece o sistema de mérito (art. 25 VII), sujeita a Administração indireta a supervisão ministerial quanto à eficiência administrativa (art. 26, III) e recomenda a demissão ou dispensa do servidor comprovadamente ineficiente ou desidioso (art. 100)”.

Com o objetivo de trazer o máximo de entendimento ao leitor, buscamos na legislação alguns exemplos da aplicabilidade do princípio da eficiência, que passamos a expor:

A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder aos limites estabelecidos em lei complementar. Artigo 169 da Constituição Federal.

A Lei Complementar 101/00 estabeleceu que a União não poderá gastar com seu pessoal mais de 50% do que arrecada. No que tange os Municípios e os Estados não poderão gastar mais de 60% do que arrecadam. Para cumprimento destes limites acima o Poder Público pode tomar algumas medidas (art. 169, §3º da Constituição Federal)

- a) Redução de pelo menos 20% as despesas com servidores que titularizem cargo em comissão e função de confiança (art. 169, §3º, I da Constituição Federal).
- b) Exoneração dos servidores não estáveis (art. 169, §3º, II da Constituição Federal).

Se as medidas acima não forem suficientes, dispensarão servidores estáveis, desde que o ato normativo especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto de redução de pessoal (art. 169, §4º da Constituição Federal). O Poder Público deve fundamentar o motivo da escolha recair em determinado servidor, tendo em vista que os critérios não são livres, há previsão de um rol de itens a serem verificados, ou seja, que deverá a Administração Pública considerar o tempo de serviço, a remuneração percebida o número de dependentes, a idade do servidor e etc.

A investidura do indivíduo em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações

para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração” (art. 37, II da Constituição Federal).

A União, os Estados, e o Distrito Federal deverão manter escolas de governo para formação e aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo-se a participação nos cursos como um dos requisitos para a promoção na carreira, facultada, para isso, a celebração de convênios ou contratos entre os entes federados (art. 39, §2º da Constituição Federal).

O servidor nomeado para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público submete-se a um estágio probatório de 03 anos, em que o administrador irá apurar a eficiência na prática (art. 41 da Constituição Federal). Exemplo: O administrador verificará a frequência, o rendimento do trabalho, o cumprimento de ordens emitidas pelo superior, entre as outras avaliações singulares a cada segmento.

Como condição à aquisição de estabilidade, o servidor está submetido à avaliação de desempenho por uma comissão constituída para essa finalidade (art. 41, §4º da Constituição Federal). Trata-se de uma norma de eficácia limitada e até mesmo subjetiva, pois está na inteira dependência de uma lei que dirá quem vai integrar a comissão, quais serão os critérios, quais matéria serão avaliadas e etc.

O servidor público estável poderá perder o cargo em razão de insuficiência de desempenho, mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma da lei complementar, assegurada a ampla defesa e contraditório, (art. 41, III da Constituição Federal). Trata-se de uma norma de eficácia limitada, pois está na inteira dependência da lei.

A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta, poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: o prazo de duração do contrato; os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes, a remuneração do pessoal (art. 37, §8º, I, II e III da Constituição Federal).

Trata-se do contrato de gestão através do qual se oferece maior autonomia às Autarquias e Fundações em troca do cumprimento dos objetivos, durante prazo certo e determinado de novas metas de desempenho (Agências executivas).

Lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios disciplinará a aplicação de recursos orçamentários provenientes da economia com despesas decorrentes de cada órgão, autarquia e fundação, para aplicação no desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público, inclusive sob a forma de adicional ou prêmio de produtividade (art. 39, §7º da Constituição Federal).

1.9 MOTIVAÇÃO

A Administração Pública está obrigada a indicar os motivos de fato e de direito fundamentando suas decisões. É imperioso dar motivação dos atos ao povo, pois ele é o titular da “*res publica*” (coisa pública). Além do que se trata de cumprimento de formalidade para controle de legalidade dos atos administrativos.

O administrador deve motivar até mesmo os atos discricionários (aqueles que envolvem juízo de conveniência e oportunidade), pois só com ela o cidadão terá condições de saber se o Estado está agindo de acordo com a lei. Para Hely Lopes Meirelles, a motivação só é obrigatória nos atos vinculados ou discricionários, posicionamento doutrinário do qual discordamos.

Senão vejamos o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹²:

Na Constituição Federal, a exigência de motivação consta expressamente apenas para decisões administrativas dos Tribunais e do Ministério Público (arts. 93 e 129, § 4º, com redação dada pela Emenda Constitucional nº. 45/2004), não havendo menção a ela no artigo 37, que trata da Administração Pública, provavelmente pelo fato de ela já ser amplamente reconhecida pela doutrina e jurisprudência. Na Constituição Paulista, o artigo 111 inclui expressamente a motivação entre os princípios da Administração Pública.

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 77

Na Lei nº. 9.789/99, o princípio da motivação é previsto no artigo 2º., caput, havendo, no parágrafo único, inciso VII, exigência de “indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão”. Além disso, o artigo 50 estabelece a obrigatoriedade de motivação, com indicação dos fatos e fundamentos jurídicos, quando:

- I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;
- II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;
- III – decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;
- IV – dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;
- V - decidam recursos administrativos
- VI – decorram de exame de ofício;
- VII – deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;
- VIII – importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

Apenas reforçando e ao mesmo tempo fundamentando o posicionamento contrário à Hely Lopes Meirelles, analisando a letra da lei, verifica-se que é possível constatar que, independente de serem atos vinculados ou discricionários, deverá sim, haver motivação para os atos administrativos.

1.10 AUTOTUTELA

Colacionamos a transcrição de mais um trecho, por demais elucidativo, do magistério de Maria Sylvia Zanella di Pietro¹³:

Enquanto pela tutela a Administração exerce controle sobre outra pessoa jurídica por ela mesma instituída, pela autotutela o controle se exerce sobre os próprios atos, com a possibilidade de anular os ilegais e revogar os inconvenientes ou inoportunos, independentemente de recurso ao Poder Judiciário.

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 69-70

Justamente por este motivo, a Administração Pública tem possibilidade de revisar (rever) seus próprios atos, podendo anulá-los por razões de ilegalidade (quando nulos) ou revogá-los por razões de conveniência ou oportunidade (quando inoportunos ou inconvenientes).

Anulação: Tanto a Administração, quanto o Judiciário podem anular um ato administrativo. A anulação gera efeitos “*ex tunc*”, isto é, retroage até o momento em que o ato foi editado, com a finalidade de eliminar todos os seus efeitos até então.

“A Administração pode declarar a nulidade dos seus próprios atos” (súmula 346 STF).

Revogação: Somente a Administração pode fazê-la. Caso o Judiciário pudesse rever os atos por razões de conveniência ou oportunidade estaria ofendendo a separação dos poderes. A revogação gera efeitos “*ex nunc*”, pois até o momento da revogação o ato era válido.

	Anulação	Revogação
Fundamento	Por razões de ilegalidade	Por razões de conveniência e oportunidade
Competência	Administração e Judiciário	Administração
Efeitos	Gera efeitos “ <i>ex tunc</i> ”	Gera efeitos “ <i>ex nunc</i> ”

1.11 CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO

Considerando que o serviço público é a forma pela qual o Estado desempenha suas funções essenciais para com a coletividade, concluímos que este tipo prestação de serviços não poderá de modo algum haver descontinuidade ou interrupção. Observemos que em razão do atendimento do referido princípio decorrem consequências relevantes para aqueles que realizam atividades públicas:

1. A proibição de greve no serviço público, entretanto, segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro, esta restrição foi abrandada pela Constituição Federal em seu artigo 37, inciso VII, que garante o direito de greve “nos termos e nos limites definidos em lei específica”; o STF, na ausência de “lei específica”, decidiu pela aplicação da Lei no. 7.783/89.
2. Institutos específicos para funções públicas temporariamente vagas, tais como: suplência, delegação e substituição;
3. Impossibilidade de aquele que contrata com a Administração Pública de invocar a *exceptio non adimpleti contractus* nos contratos que tenham por objeto a execução de serviço público;
4. A faculdade que se reveste a Administração de utilizar-se de toda a infraestrutura da contratada para dar continuidade a prestação do serviço;
5. Possibilidade da encampação da concessão do serviço, seja, a retomada do serviço pelo Poder Concedente durante o prazo da concessão, em razão de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após eventual prévio pagamento de indenização, quando o serviço não é prestado de forma adequada.

Somado a isto, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 22, assegura ao consumidor que os serviços essenciais, devem ser contínuos, caso contrário, aos responsáveis, caberá medida judicial cabível cumulada com indenização. Não há menção no referido código, quais seriam esses serviços essenciais. Entretanto, por analogia, mencionamos a Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, artigo 10, que enumera serviços ou atividades considerados essenciais:

- I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;
- II - assistência médica e hospitalar;
- III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;
- IV - funerários;
- V - transporte coletivo;
- VI - captação e tratamento de esgoto e lixo;
- VII - telecomunicações;
- VIII - guardam, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;

IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais;

X - controle de tráfego aéreo;

XI - compensação bancária.

Celso Ribeiro Bastos¹⁴ afirma que:

O serviço público deve ser prestado de maneira contínua, o que significa dizer que não é passível de interrupção. Isto ocorre pela própria importância de que o serviço público se reveste, o que implica ser colocado à disposição do usuário com qualidade e regularidade, assim como com eficiência e oportunidade"... "Essa continuidade afigura-se em alguns casos de maneira absoluta, quer dizer, sem qualquer abrandamento, como ocorre com serviços que atendem necessidades permanentes, como é o caso de fornecimento de água, gás, eletricidade. Diante, pois, da recusa de um serviço público, ou do seu fornecimento, ou mesmo da cessação indevida deste, pode o usuário utilizar-se das ações judiciais cabíveis, até as de rito mais célere, como o mandado de segurança e a própria ação cominatória.

1.12 RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE

O Poder Público obriga-se, a cada ato, a demonstrar a pertinência (correspondência) em relação à previsão abstrata em lei e os fatos em concreto que foram trazidos à sua apreciação. Este princípio tem relação com o princípio da motivação.

Se não houver correspondência entre a lei o fato, o ato não será proporcional. Ex: Servidor chegou atrasado no serviço. Embora nunca tenha faltado, o administrador, por não gostar dele, o demitiu. Há previsão legal para a demissão, mas falta correspondência para com a única falta apresentada ao administrador.

Este princípio está previsto na Constituição do Estado de São Paulo, no artigo 111, somando aos princípios já previstos na Constituição Federal, o da razoabilidade.

¹⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª. ed. São Paulo : Saraiva, 1996, p. 165

Aplicado ao Direito Administrativo como mais uma tentativa de impor limitações ao poder discricionário da Administração.

Segundo Agustin A. Gordillo (1977, p. 183-184 *Apud* Maria Sylvia Zanella di Pietro, 2009, p. 79)¹⁵:

A decisão discricionária do funcionário será ilegítima, apesar de não transgredir nenhuma norma concreta e expressa, se é ‘irrazoável’, o que pode ocorrer principalmente quando:

- a) não dê os fundamentos de fato ou de direito que a sustentam ou;
- b) não leve em conta os fatos constantes do expediente ou públicos e notórios, ou;
- c) não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar, ou seja, que se trate de uma medida desproporcionada, excessiva em relação ao que se deseja alcançar

Colacionamos ainda transcrição de um trecho da obra de Lúcia Valle Figueiredo¹⁶:

É por meio da razoabilidade das decisões tomadas que se poderá contrastar atos administrativos e verificar se estão dentro da moldura comportada pelo Direito.

(...) não é lícito ao administrador, quando tiver que valor situações concretas, depois da interpretação, valorá-las a lume dos seus Standards pessoais, a lume da sua ideologia, a lume do que entender ser bom, certo, adequado no momento, mas a lume de princípios gerais, a lume da razoabilidade, do que, em Direito Civil, se denomina valores do homem médio.

Neste sentido, discorreremos conjuntamente o princípio da razoabilidade com o princípio da proporcionalidade, pois entendemos que os dois princípios estão coligados e, ainda considerando tênue a linha que os divide. Pois, um é consequência do outro na medida da aplicabilidade.

¹⁵ GORDILHO, Agustin A. *Princípios Gerais de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977 *Apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.79

¹⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 50

Em síntese tal princípio corresponde à adequação da medida da Administração Pública ao fato apresentado.

Para elucidar o presente estudo, colacionamos trecho do magistério de Lúcia Valle Figueiredo ¹⁷: (...) “só se sacrificam interesses individuais em função de interesses coletivos, de interesses primários, na medida da estrita necessidade, não se desbordando do que seja realmente indispensável para a implementação da necessidade pública”.

Após breve abordagem do tema, concluímos que, se espera da Administração Pública na figura do administrador comportamento para a coletividade de bom senso com alcance macro, objetivando o que é relevante para o coletivo, sem que pese conceitos pessoais, mas sim o que a base principiológica prevê. Com a evolução do presente estudo fica clara a ciranda dos princípios tanto constitucionais, quanto Estaduais no sentido da formação de uma grande teia de garantias ao bem do coletivo.

1.13 SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Também chamado de princípio da finalidade pública, presente tanto no momento da elaboração da lei quanto na sua aplicabilidade.

As normas privadas tem o objetivo de defender o interesse público, tais como aqueles que discorrem sobre direito de família. O mesmo ocorre nas normas públicas que por vezes entram no cerne do direito privado, como normas de saúde e segurança. De qualquer modo cabe ressaltar que as referidas normas de interesse público tem o objetivo primordial de atender o interesse público, ao bem estar da coletividade.

Com efeito, este princípio tem grande relevância no sentido do Estado absorver e ampliar suas atividades para atender às necessidades coletivas, ampliando consequentemente o conceito de serviço público e sua aplicabilidade.

Nesse sentido, é oportuno trazer à baila lição de Maria Sylvia Zanella di Pietro¹⁸:

¹⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.61

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 66

(...) da mesma forma que este princípio inspira o legislador ao editar as normas de direito público, também vincula a Administração Pública, ao aplicar a lei, no exercício da função administrativa.

Se a lei dá à Administração os poderes de desapropriar, de requisitar, de intervir, de policiar, de punir, é porque tem em vista atender ao interesse geral, que não pode ceder diante do interesse individual. Em consequência, se, ao usar de tais poderes, a autoridade administrativa objetiva prejudicar um inimigo político, beneficiar um amigo, conseguir vantagens pessoais para si ou para terceiros, estará fazendo prevalecer o interesse individual sobre o interesse público e, em consequência, estará se desviando da finalidade pública prevista na lei. Daí o vício do desvio de poder ou desvio de finalidade, que torna o ato ilegal.

1.14 PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE OU DE VERACIDADE

Também chamado de princípio da presunção de legalidade, repousa sob dois aspectos:

- ✓ Presunção da verdade ligado à certeza dos fatos e,
- ✓ Presunção de legalidade, pois, considerando que a Administração Pública terá de agir sempre com base no que prevê a lei, concluímos até que se prove o contrário que todos os seus atos se amoldam necessariamente sob estes termos.

Em razão das referidas presunções, temos as decisões administrativas com observância e atendimento imediato, com finalidade direta ou indireta de coação, criando desde o início obrigações para o particular, independente de questionamentos ou concordância.

1.15 ESPECIALIDADE

Princípio diretamente ligado à descentralização administrativa, pois, a Administração Pública, tem o objetivo de tratar determinados assuntos com

especialidade. Para tanto, poderá criar por meio de lei (conforme expressa o artigo 37, incisos XIX e XX, da Constituição), pessoas jurídicas públicas administrativas, geralmente autarquias, com vistas à especialização de função, de modo a estabelecer por meio de lei precisamente as atribuições às quais os seus administradores estarão incumbidos, tendo estes que atender de forma extremamente rigorosa os objetivos da instituição, bem como as atribuições.

Isto porque a Administração cria seus próprios mecanismos para fiscalização dos seus princípios, neste caso estão estampados os princípios da legalidade e indisponibilidade do interesse público.

Por derradeiro cabe ressaltar que para os casos de sociedades de economia mista, será observada norma constante no artigo 237 da Lei 6.404/1976 “a companhia de economia mista somente poderá explorar os empreendimentos ou exercer atividades previstas na lei que autorizou a sua constituição”, ou seja, nem mesmo a Assembleia Geral dos acionistas poderá alterar os objetivos institucionais, agasalhados pelo interesse público e a vontade das partes interessadas.

1.16 CONTROLE OU TUTELA

Tem este o objetivo de assegurar a observância das entidades ligadas à Administração Pública do atendimento do princípio da especialidade. Observemos que mais uma vez verificamos a ocorrência de mecanismos para própria fiscalização.

Segundo obra de Maria Sylvia Zanella di Pietro¹⁹:

Colocam-se em confronto, de um lado, a **independência** da entidade que goza de parcela de autonomia administrativa e financeira, já que dispõe de fins próprios, definidos em lei, e patrimônio também próprio destinado a atingir aqueles fins; e, de outro lado, a necessidade de **controle** para que a pessoa jurídica política (União, Estado ou Município) que instituiu a entidade da Administração Indireta se assegure de que ela está agindo de conformidade com os fins que justificaram a sua criação.

¹⁹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª. ed. São Paulo: Atlas, 2009, pág. 69

A regra é a autonomia; a exceção é o controle; este não se presume; só pode ser exercido nos limites definidos em lei.

1.17 HIERARQUIA

A estrutura que ampara o sistema da Administração Pública está organizada de tal forma que se cria uma relação de coordenação e subordinação entre os órgãos públicos com competência administrativa e, por conseguinte entre seus titulares, cada um voltado para as atribuições previstas na legislação que os criaram.

Consoante a ensinança de Diógenes Gasparini²⁰:

Com o exercício dessa atribuição, objetiva-se ordenar, coordenar, controlar e corrigir as atividades administrativas. Ordenar-se, isto é, organizar-se repartindo e escalonando as funções dos agentes públicos, de modo que possam desempenhar eficientemente as respectivas responsabilidades. Coordena-se na medida em que se dispõe sobre a realização das funções dos respectivos órgãos, evitando-se o desvio e a superposição de função. Controla-se quando se acompanha a conduta e o rendimento dos agentes públicos e se observa a aplicação da legislação. Corrige-se, pela ação revisora dos superiores, os atos dos agentes públicos de menor hierarquia que atentem contra mérito ou legalidade.

Das atribuições acima elencadas decorre desse princípio uma série de prerrogativas para a Administração, tais como: de dar ordens, de fiscalizar, de rever atos subordinados, de delegar e avocar atribuições, punir e para o subordinado surge o dever de obediência.

Da abordagem do princípio constata-se que a hierarquia é peculiar ao Poder Executivo, entendendo à União, aos Estados Membros, Distrito Federal, Municípios e

²⁰ GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.51

entidades da Administração Pública Indireta. Não se aplica a metodologia de fiscalização ao Legislativo e Judiciário diretamente, apenas nas suas estruturas internas (Secretarias e Diretorias).

1.18 SEGURANÇA JURÍDICA, PROTEÇÃO À CONFIANÇA E BOA FÉ

Apesar de não incluído no rol de princípios abordados pelos principais doutrinadores do Direito Administrativo, em relação ao princípio da segurança jurídica, Maria Sylvia Zanella di Pietro²¹ esclarece:

(...) permito-me afirmar que o objetivo da inclusão desse dispositivo foi o de vedar a aplicação retroativa de nova interpretação de lei no âmbito da Administração Pública. Essa ideia ficou expressa no parágrafo único, inciso XIII do artigo 2º. , quando impõe, entre os critérios a serem observados, “interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

O princípio se justifica pelo fato de ser comum, na esfera administrativa, haver mudança de interpretação de determinadas normas legais, com a consequente mudança de orientação, em caráter normativo, afetando situações já reconhecidas e consolidadas na vigência de orientação anterior. Essa possibilidade de mudança de orientação é inevitável, porém gera insegurança jurídica, pois os interesses nunca sabem quando a sua situação será passível de contestação pela própria Administração Pública. Daí a regra que veda a aplicação retroativa.

O entendimento é que este princípio tem como principal objetivo resguardar os interesses daqueles que tiveram respaldo legal em decisões favoráveis, independente de alteração posterior da legislação.

Em contrapartida deverá haver análise minuciosa da Administração para que a mesma não caia na cilada de ser impedida de anular atos praticados com inobservância da lei.

²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 84

Ratifica Maria Sylvia Zanella di Pietro: Nesses casos, não se trata de mudança de interpretação, mas de ilegalidade, esta sim a ser declarada retroativamente, já que atos ilegais não geram direitos.

O referido princípio está intimamente com o princípio da boa fé, pois, considerando que a Administração se compromete a analisar os casos concretos e aplicar a regra com o objetivo de garantir o interesse do indivíduo trazendo à baila segurança jurídica, há de haver convencimento com relação à boa fé aplicada.

2 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: NOÇÕES GERAIS E CARACTERÍSTICAS

2.1 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: NOÇÕES GERAIS

A expressão contratos administrativos é utilizada para especificar todos os contratos celebrados entre o particular e a administração pública. Uma das dificuldades

que repousam no Direito Administrativo reside na pluralidade das figuras abrangidas, pois, a expressão contrato administrativo indica um gênero que comporta diversas espécies.

De qualquer modo, de maneira bastante ampla conceituaremos em linhas gerais o que são contratos administrativos: é um acordo de vontades, que gera direitos e obrigações, que necessariamente deverá haver a presença de integrante da Administração Pública; o terceiro poderá ser um particular, representado por pessoa física ou jurídica.

E tal opinião é repetida, em uníssono, pelos administrativistas pátrios, senão vejamos:

Celso Antonio Bandeira de Mello²², autor clássico no tema Direito Administrativo, conceitua em sua obra contratos administrativos da seguinte forma:

(...) é um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.

Preleciona Diógenes Gasparini²³ que:

As avenças disciplinadas pelo Direito Administrativo são denominadas contratos administrativos e desses são exemplos os regulados pela Lei Federal de Licitações e Contratos da Administração Pública. São contratos administrativos porque assim são denominados e regulados por este diploma legal e porque se valem da cláusulas exorbitantes, requisitos caracterizadores desses ajuste, consoante a melhor doutrina. Também são contratos administrativos os que têm por objeto o uso do bem público ou a prestação de serviço público.

Ainda nesta esteira, Maria Sylvia Zanella de Pietro²⁴:

²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 2000. São Paulo: Malheiros. 12ª. ed. P.539-540

²³ GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 554

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 251

A expressão **contratos da Administração** é utilizada, em sentido amplo, para abranger todos os contratos celebrados pela Administração Pública, seja sob regime de direito público, seja sob regime de direito privado. E a expressão **contrato administrativo** é reservada para designar tão somente **os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público.**

Por derradeiro, na opinião de Marçal Justen Filho²⁵:

O contrato administrativo é um ato jurídico infralegal não apto a gerar direitos e obrigações cuja criação não esteja previamente autorizada (ainda que de modo implícito) pelo direito. O contrato cria direitos e obrigações no sentido de que concretiza uma autorização legislativa para tanto.

(...) Por isso, o contrato administrativo não pode sobrepor-se à norma legal. Quando se afirma, por exemplo, que “o contrato faz lei entre as partes”, tem-se de interpretar adequadamente essa afirmativa. O contrato vincula as partes, mas apenas dentro dos limites do poder jurídico atribuído pelo direito. Por isso, o contrato só é “lei” entre as partes em sentido figurado – construção que, aliás, produz muito mais equívocos do que benefícios. A obrigatoriedade do contrato não decorre de qualquer primado ou potencial da “vontade” individual ou coletiva, mas da existência de norma legal assim dispondo.

Concluímos que a esfera dos contratos administrativos é bastante ampla, ao mesmo tempo de definição bastante objetiva, pois são contratos em que basicamente estão presentes duas figuras: o agente ligado à Administração Pública, o atendimento à regulamentação restrita, especialmente ao que prevê o artigo 37 da Constituição Federal, além dos princípios constantes nas Constituições Estaduais esparsas e Lei 8.666/93, artigo 2º., em seu parágrafo único: Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

²⁵ FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 36

2.2 CARACTERÍSTICAS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Segundo Maria Sylvia Zanella de Pietro²⁶, os contratos da administração são bastante restritos abrangendo tão somente regras das quais a Administração é parte:

1. Presença da Administração Pública como Poder Público;
2. Finalidade pública;

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22^a. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 261

3. Obediência da forma prescrita em lei;
4. Procedimento legal;
5. Natureza de contrato de adesão;
6. Natureza “*intuitu personae*”;
7. Presença de cláusulas exorbitantes;
8. Mutabilidade.

2.3 PRESENÇA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO PODER PÚBLICO

Nos contratos administrativos a Administração surge com prerrogativas que garantem a posição de supremacia frente o particular, presente nas cláusulas exorbitantes que passaremos a expor em item específico.

2.4 FINALIDADE PÚBLICA

Característica presente em não só todos os contratos, mas também atos da Administração Pública, ainda que regidos pelo direito privado. O interesse público é o objetivo final dos contratos da Administração mesmo que a penas o particular usufrua do benefício, pois assim prevê a legislação pátria.

2.5 OBEDIÊNCIA DA FORMA PRESCRITA EM LEI

A observância da forma prescrita em lei para a celebração e consequente validade dos referidos contratos estão presentes na lei de licitações 8666/93, dentre as quais merecem destaques as seguintes:

- a) Salvo contrato que objetivam direitos reais sobre imóveis, todos os demais serão lavrados nas repartições interessadas, que manterão respectivos arquivos. Para valores menores serão observadas formas mais simplificadas como pagamento

direto e contratos verbais, limitados à 5% do limite previsto no artigo 23, II, “a” da lei;

- b) Nos termos do artigo 61, parágrafo único, deverá ser publicado resumidamente seus termos em Diário Oficial, observando 20 dias a partir da data de início, sob pena de perda de eficácia.
- c) Nos termos do artigo 62, o contrato deverá formalizar-se por meio de termo de contrato, carta contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço, cada espécie apontada observará a modalidade e formalização conforme limitações previstas em lei;
- d) Por fim, obrigatoriamente deverão constar cláusulas consideradas como necessárias, dividas em regulamentares e financeiras, conforme prevê artigo 55 da Lei 8666/93, que entre outras igualmente importantes, destacamos aqueles incisos que preveem: objetos e elementos característicos, regime de execução ou forma de fornecimento, preço e condições de pagamento, prazos, crédito pelo qual ocorrerá a despesa, garantia prestada pelo licitante, direitos e responsabilidades das partes, possibilidades de rescisão, reconhecimento dos direitos da Administração, condições de importação, vinculação ao edital, legislação aplicável.

2.6 PROCEDIMENTO LEGAL

O procedimento legal observado deverá ser adotado de acordo com a regra de cada tipo de contrato, ou seja, a lei estabelece procedimentos obrigatórios para cada tipo de modalidade, resultando em autorização legislativa, avaliação, motivação, autorização pela autoridade competente, indicação de recursos orçamentários e licitação.

A Constituição Federal, em seus artigos prevê alguns procedimentos especiais para determinados tipos de contratos, a exemplo o artigo 37, XXI, que exige licitação para contratos que versam sobre obras, serviços, compras e alienações. O artigo 175,

para concessão de serviços públicos. Leis esparsas igualmente preveem procedimentos para contratações com a Administração Pública, tal como a lei de licitações 8666/93.

2.7 NATUREZA DE CONTRATO DE ADESÃO

Não há forma de abordar diferente o contrato celebrado pela Administração Pública senão, considerá-lo como contrato de adesão. Isto porque, todas as cláusulas são fixadas unilateralmente. Afirma-se que por meio do edital o poder público dá publicidade aos termos e condições que aqueles que pretendem contratar com a Administração deverão atender.

A proposta então apresentada na ocasião da licitação equivale a aceitação. Alguns editais trazem em seus anexos uma declaração que deverá ser preenchida e assinada pelos licitantes afirmando que estão de acordo com os termos do edital, bem como afirmando que a elaboração da proposta atende as exigências, justamente para que não ocorra nenhuma dúvida em relação às exigências, com o objetivo de evitar eventuais litígios e questionamentos futuros, esta regra se confirma nos termos do artigo 40, § 2º., da Lei 8666/93, segundo a qual, dentre os anexos do edital da licitação, deve constar necessariamente a minuta do contrato a ser firmado. Mas esta manobra não furta a Administração de impor sim, um contrato de adesão àquele que deseja contratar. Pois, as cláusulas são realmente inalteráveis.

2.8 NATUREZA “INTUITU PERSONAE”

É verdade que para todos os contratos celebrados com a Administração Pública é exigida a natureza “*intuitu personae*”, seja, não deverá ser outro senão o vencedor a executar o objeto da licitação. Tal exigência está respaldada no artigo 78, VI, da Lei 8666/93: “a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato”.

Entretanto, se assim houver previsão no Edital poderá a Administração emitir declaração de autorização de subcontratação em termos específicos.

2.9 PRESENÇA DE CLÁUSULAS EXORBITANTES

São cláusulas exorbitantes aquelas encontradas somente nos contratos da Administração, definitivamente não são comuns às demais modalidades de contratos, pois, seria uma afronta a base principiológica que rege os contratos privados. O que discordamos, pois, base principiológica como o próprio nome diz, deveria ser aplicada no âmbito de qualquer tipo de contrato, seja ele celebrado com a Administração ou particular.

Considerando que contrato é um pacto em que uma parte se obriga a entregar algo em detrimento de contraprestação, pagamento, há de se convir que esta relação deveria ser minimamente equilibrada, em que tanto aquele que entrega algo quanto aquele que recebe, no sentido de direitos e obrigações estivessem em pé de igualdade. Pois, bem, não é isso que ocorre no ambiente da Administração.

De qualquer modo abordaremos o tema em estrita consonância com o que prevê a legislação.

Analisaremos a seguir as principais cláusulas exorbitantes, presentes na Lei 8666/93.

2.9.1 Exigência de Garantia

Prevista no artigo 56, § 1º, da Lei 8666/93, traz a faculdade da Administração exigir garantia nos contratos de obras, serviços e compras, por meio de caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, seguro garantia e fiança bancária. Isto para que seja garantida a execução do objeto contratado e a continuidade da prestação do serviço.

2.9.2 Alteração Unilateral

Tal prerrogativa está prevista no artigo 58, I, e tem o principal objetivo de adequar o objeto contratado à finalidade de interesse público. O artigo 65, I, prevê alterações desde que devidamente justificadas nos seguintes casos:

- a) Quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;
- b) Quando necessária modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta lei (25% ou 50%);

Insta mencionar que para que tais alterações ocorram deverão ser apresentadas justificativas, a exemplo que haja indicação específica do interesse público que subsidiaria a medida, que não seja alterada a natureza do contrato, que seja dado ao contratado a possibilidade de manutenção do equilíbrio-econômico e financeiro do pactuado, alterações quantitativas que sejam respeitados os percentuais previstos em lei.

2.9.3 Rescisão Unilateral

Poderá a Administração Pública rescindir o contrato unilateralmente, diante da ocorrência de circunstâncias previstas em lei.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁷:

Agasalhado pelo artigo 58, II, combinado com os artigos 79, I e 78, I, incisos I a XII e XVII, em casos de:

- a) Inadimplemento com culpa (incisos I a VIII e XVIII do artigo 78), abrangendo hipóteses como não-cumprimento ou cumprimento irregular das cláusulas contratuais, lentidão, atraso injustificado, paralisação, subcontratação total ou parcial, cessão, transferência (salvo se admitidas no edital e no contrato), desatendimento de determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a execução do contrato, cometimento reiterado de faltas, descumprimento do artigo 7º., XXXIII, da Constituição Federal, sobre trabalho de menor;

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 270

- b) Inadimplemento sem culpa, que abrange situações que caracterizem desaparecimento do sujeito, sua insolvência ou comprometimento da execução do contrato (incisos IX a XI do artigo 78): falência, concordata, instauração de insolvência civil, dissolução da sociedade, falecimento do contratado, alteração social ou modificação da finalidade ou da estrutura da empresa; nota-se que, em caso de concordata, é permitido à Administração manter o contrato, assumindo o controle de determinadas atividades necessárias à sua execução (art. 80, §2º.);
- c) Razões de interesse público (inciso XII do art. 78);
- d) Caso fortuito ou de força maior (inciso XVII do art. 78);

2.9.4 Fiscalização

Prerrogativa igualmente prevista no artigo 58 e disciplinada mais especificamente no artigo 67 da lei 8666/93, da administração eleger um preposto (fiscal do contrato), para acompanhar todas as atividades, execução do objeto e bom andamento do contrato em todos os aspectos, por meio de entre outras, o chamado relatório de ocorrências ou medição, geralmente com emissão mensal e assinado pelas partes.

2.9.5 Aplicação de Penalidades

A não observância do contratado aos termos do contrato celebrado com a administração dá ensejo a aplicação de multas administrativas em razão de inexecução total ou parcial do objeto contratado. A previsão das sanções encontra-se no rol do artigo 87:

- I – advertência;
- II – multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;
- III – suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo superior a 2 anos;
- IV – declaração de idoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, enquanto perdurarem os motivos

determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação , perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contrato ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

A pena de multa poderá ser aplicada conjuntamente as sanções previstas nos incisos anteriores, desde que observado o prazo para defesa prévia do contratado. O valor da multa poderá ser descontado do valor da garantia prestada.

2.9.6 Anulação

A administração em atendimento ao princípio da legalidade obriga-se a controlar seus próprios atos, cabendo-lhe o poder-dever de anular aqueles que estão em desacordo com a lei, por vezes chamado de autotutela.

A prerrogativa da Administração de controlar, corrigir e anular seus próprios atos está consagrada na Súmula nº. 473 do STF: “a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais , porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

2.9.7 Retomada do Objeto

Tem esta cláusula exorbitante assegurar a continuidade da execução do contrato, sempre que a eventual paralisação possa prejudicar a coletividade e o interesse público, a exemplo os serviços essenciais, saúde, segurança etc.

2.9.8 Restrições ao Uso da *Exceptio Non Adimpleti Contractus*

Nos dizeres de Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁸:

No direito privado , quando uma das partes descumpre o contrato, a outra pode descumpri-lo também, socorrendo-se da *exceptio non adimpleti contractus* (exceção do contrato não cumprido), com fundamento no artigo 477 do Código Civil.

No direito administrativo, o particular não pode interromper a exceção do contrato, em decorrência dos princípios da continuidade do serviço público e da supremacia do interesse público sobre o particular.

Ao particular resta apenas pleitear administrativa ou judicialmente a rescisão do contrato e eventual pagamento de perdas e danos, continuando a sua execução até que seja deferida ordem da autoridade competente ao litígio. Observe que a lei não confere os mesmos direitos ao particular, salvo rescisão do contrato direta após 90 dias de atraso de pagamento por parte da Administração.

2.10 MUTABILIDADE

O contrato administrativo tem como uma das características a mutabilidade. Segundo a doutrina isto se dá em razão das cláusulas exorbitantes que permitem à administração a alteração unilateral do contrato, respaldados no interesse público, conforme abordado nos itens anteriores.

A mutabilidade se divide em duas vertentes básicas: circunstâncias que tornam o contrato mutável e o equilíbrio econômico-financeiro face o particular em razão de tais circunstâncias.

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª. ed. São Paulo: Atlas, 2009. P. 274

3 PRINCÍPIOS DOS CONTRATOS DE DIREITO PRIVADO

3.1 AUTONOMIA DA VONTADE E LIBERDADE CONTRATUAL

É a manifestação da vontade que retrata o interesse da pessoa física ou jurídica de contratar algo no meio social.

Na atualidade o indivíduo frequentemente busca programar e realizar seus interesses manifestando sua vontade com liberdade. É certo que por vezes esta liberdade é entendida como parcial, pois, viver em sociedade quer dizer praticar a liberdade e

vontade até o momento em que tal liberdade não prejudica o outro, portanto, basicamente o conceito de liberdade acomoda-se no seio daquilo que é ético e legal.

À vista das considerações do Professor Azevedo Álvaro Villaça²⁹, a liberdade do indivíduo poderá ser conceituada da seguinte forma:

É preciso, entretanto, distinguir esta liberdade, no âmbito dos contratos. Apresenta-se ela por duas facetas: a liberdade de contratar e a contratual. Pela primeira, a todos é lícita a elaboração de contratos. Todos são livres para realizar física e materialmente os contratos, desde que preenchidos os requisitos de validade dos atos jurídicos. Entretanto, no âmbito da liberdade contratual, na discussão das cláusulas e condições contratuais, há na prática, o prevalecimento da vontade do economicamente forte.(grifo nosso)

(...) Na liberdade contratual, os interesses humanos existem, teoricamente, em pé de igualdade, pois, o mais forte, economicamente, no mais das vezes, reduz, na vença a área de atuação do direito do mais fraco, que fica desprotegido, juridicamente, no momento em que o contrato surge, bem como, nas revisões desta contratação.

Realizado o pacto, sob esta pressão, a lesão ocorre, e é difícil e custosa a reparação, para repor certos valores destruídos.

É *mister* destacar que o prevalecimento da vontade do economicamente mais forte salta nos aos olhos em diversos cenários, nos contratos celebrados com a Administração Pública, pode se notar esta forma de contratar, inclusive ratificamos o entendimento de que o contrato celebrado pela administração é emoldurado no contrato de adesão. De qualquer modo, compartilhamos o entendimento do emérito Professor Álvaro Villaça Azevedo, pois, em muitas circunstâncias encontramos este tipo de contrato eivado de vícios entre eles o desequilíbrio das partes por motivos econômicos, seja no ambiente público ou privado.

Há um vínculo estabelecido entre a liberdade de contratar e os princípios gerais de direito que norteiam os contratos, dos quais alguns encontramos naqueles já estudados, ou seja, nos princípios da Administração Pública, outros, nos princípios dos contratos privados respaldados principalmente na boa fé e função social, entre outros constantes na Constituição Pátria, que passaremos a abordar neste estudo.

²⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos*. 2ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 25-26

3.2 PREVALÊNCIA DA ORDEM PÚBLICA

Princípio que resguarda o interesse da coletividade face o privado. Numa postura inovadora, o Estado vem atuando no sentido de editar normas de ordem pública intervindo diretamente nas relações privadas. O motivo não é outro senão buscar a equidade, com a constante preocupação de proteger a parte mais fraca principalmente no sentido econômico da relação jurídica.

Acrescentamos a este estudo as palavras de Álvaro Villaça Azevedo³⁰:

O Estado, muitas vezes, interfere na ordem privada, retirando dos indivíduos a possibilidade de exercício pleno da liberdade contratual. Quando assim atua, o Estado intromete-se nos interesses particulares, para impedir que o direito de uma das partes do contrato não se veja diminuído pela da outra, evitando a colisão dos mesmos direitos.
(...) É o dirigismo contratual, que se impõe à vontade egoísta, individual, na salvaguarda do interesse coletivo.

3.3 FORÇA OBRIGATÓRIA DOS CONTRATOS (PACTA SUNT SERVANDA)

A essência do princípio *pacta sunt servanda*, teve origem da Roma Antiga, e traz a ideia de que os contratos, uma vez pactuados são inalteráveis, implicando em força obrigatória entre os que dele participam. Felizmente conceito já ultrapassado pela legislação que inovou acrescentando na Constituição Federal, Código Civil, e Código de Defesa do Consumidor artigos que humanizam e equilibram as relações jurídicas, a exemplo dos seguintes artigos:

Constituição Federal artigo 1º, IV e 3º.

Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 6º.

Código Civil em seus artigos 421, 422, 478, 479, 480 e 2035.

³⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos*. 2ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 26

Senão vejamos o entendimento de Álvaro Villaça Azevedo³¹ em sua obra que muito colabora, trazendo clareza solar ao nosso estudo:

O Código Civil de 2002 reduziu bastante a força obrigatória dos contratos, favorecendo, em certos pontos, a parte mais fraca, possibilitando o cumprimento do contrato, segundo sua função social, aplicando-se o princípio do favor debitoris, do beneficium competentiae, em favorecimento do devedor, também no sentido de que este não deve ser levado à ruína, cumprindo o contrato, que a ele tornou-se insuportável, ante, por exemplo, a lesão enorme.

3.4 BOA-FÉ OBJETIVA

Intrínseco nas relações jurídicas, o princípio da boa fé traz em seu conceito a aplicabilidade do que é lícito e a repulsa ao ilícito. Essencial nas contratações em que se objetiva a presença da ética humana.

Nos dizeres de Álvaro Villaça Azevedo³²: “a boa-fé é um estado de espírito que leva o sujeito a praticar um negócio em clima de aparente segurança”. É a boa-fé subjetiva.

Daí porque todos os Códigos e todos os sistemas jurídicos são escudados no princípio da boa-fé, que supera até, o princípio da nulidade dos atos jurídicos, pois, os atos nulos, em certos casos, produzem efeitos, e até os atos inexistentes, para premiar a atuação de boa-fé, como é o caso da validade do pagamento ao credor putativo, da transmissão da herança ao herdeiro aparente, dos efeitos em favor do cônjuge de boa-fé no casamento putativo. Nesses casos, não vigora o princípio, segundo o qual o que é nulo não produz efeito (*quod nullum est nullum effectum producit*)”.

O princípio a ser tratado neste estudo será a boa-fé objetiva, que deve estar *pari passu* com a lealdade, honestidade e segurança que se devem os contratantes.

Espera-se que desde o início das tratativas, seja, proposta comercial e negociações que permeiam a relação, que os contratantes esclareçam fatos relevantes

³¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos*. 2ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 28

³² AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos*. 2ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 28

atinentes à contratação aparando as arestas, criando um ambiente seguro, buscando o equilíbrio de interesses, de transparência e clareza na interpretação do contrato, evitando condições excessivamente desfavoráveis para uma das partes em detrimento da outra, evitando assim situações de enriquecimento indevido, sem causa, entre outros reflexos.

Inovando, o Código Civil de 2002, prevê a proteção para as partes até mesmo após a extinção do contrato, entre elas estão o sigilo e segredo comercial, senão vejamos:

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. (*grifo nosso*)

Neste sentido observa sabiamente Arnaldo Rizzardo³³:

São estes dois dos princípios básicos que orientam a formação do contrato. As partes são obrigadas a dirigir a manifestação da vontade dentro dos interesses que as levaram a se aproximarem, de forma clara e autêntica, sem o uso de subterfúgios ou intenções outras que as não expressas no instrumento formalizado. A segurança das relações jurídicas depende, em grande parte, da probidade e da boa-fé, isto é, da lealdade, da confiança recíproca, da justiça, da equivalência das prestações e contraprestações, da coerência e clarividência dos direitos e deveres. Impende que haja entre os contratantes um mínimo necessário de credibilidade, sem o qual os negócios não encontrariam ambiente propício para se efetivarem. O conjunto desses valores constitui um pressuposto gerado pela probidade e boa-fé, ou sinceridade das vontades ao firmarem os direitos e obrigações. Sem os princípios, fica viciado o consentimento das partes. Embora a contraposição de interesses, as condutas dos estipulantes subordinam-se a regras comuns e básicas da honestidade, reconhecidas tão-só em face da justeza e boa-fé que impregnam as mentes.

Tal princípio encontra respaldo no Direito de todos os povos, seja legislação italiana, portuguesa ou alemã, acolhendo a boa-fé e repelindo a má-fé. Felizmente é prática que as partes pactuem com toda transparência e honestidade, não beneficiando

³³ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 9ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. P. 32

ou tornando interessante ou atrativo celebrar contratos com aquele que é omisso, nebuloso e reticente.

O princípio da boa-fé é sem dúvida o coração da função social do contrato, justamente por estudos pretéritos nos dar o convencimento que este é um dos princípios mais próximos da função social do contrato.

Reforçando a concepção de que nas relações jurídicas as partes nelas envolvidas deverão proceder corretamente prestando o máximo de lisura e honestidade das palavras empenhadas para a realização do negócio.

Neste sentido colacionamos o posicionamento jurisprudencial do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Ementa³⁴: Ofensa aos princípios da boa-fé objetiva e transparência, que implicam na invalidade do negócio jurídico. 4. Demanda ajuizada contra todas as pessoas jurídicas envolvidas e respectivos sócios. Cabimento. Prévio arranjo lesivo aos consumidores. RESCISÃO CONTRATUAL. NEGÓCIO JURÍDICO DE SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO. OBJETIVO DE AQUISIÇÃO DE IMÓVEL. PRELIMINARES DE INÉPCIA DA INICIAL E ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADAS. AÇÃO MOVIDA CONTRA PESSOAS JURÍDICAS E FÍSICAS (SÓCIOS). ABUSIVIDADE E ILICITUDE DO CONTRATO RECONHECIDAS. DEVOLUÇÃO DA TOTALIDADE DOS VALORES PAGOS DE FORMA SOLIDÁRIA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CABIMENTO. ART. 28, CDC. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Ação desconstitutiva/rescisória de contrato. Negócio jurídico de sociedade em conta de participação, quando o consumidor pretendia, na verdade, adquirir imóvel. 2. Abusividade. Existência de negócio jurídico indireto, que visa encobrir financiamento de casa própria sem autorização do Banco Central. 3. Contrato desprovido de clareza. Publicidade enganosa. **Ofensa aos princípios da boa-fé objetiva e transparência, que implicam na invalidade do negócio jurídico.** 4. Demanda ajuizada contra todas as pessoas jurídicas envolvidas e respectivos sócios. Cabimento. Prévio arranjo lesivo aos consumidores. Preliminares rejeitadas. 5. Devolução da totalidade das parcelas pagas, solidariamente. Desconsideração da personalidade jurídica. Hipótese de aplicação, ante a proclamada ilicitude da conduta lastreada em exercício abusivo de direito contra o consumidor. Art. 28, CDC. 6. Apelação não provida. (grifo nosso)

³⁴ Apelação 0004013-84.2004.8.26.0072 - Relator(a): Alexandre Lazzarini - Comarca: Bebedouro - Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 10/05/2012 - Data de registro: 12/05/2012 - Outros números: 40138420048260072

Ementa³⁵: SEGURO DE VIDA E ACIDENTES PESSOAIS EM GRUPO COBRANÇA PROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL APELAÇÃO DA RÉ OMISSÃO MALICIOSA DA AUTORA DE DOENÇA PREEXISTENTE À CONTRATAÇÃO DO SEGURO ANTECEDENTE DE ACIDENTE VASCULAR CEREBRAL DEVER DE LEALDADE E BOA-FÉ PERDA DO DIREITO AO BENEFÍCIO SENTENÇA REFORMADA RECURSO PROVIDO. Consoante o disposto no art. 766 do Código Civil de 2002 (art. 1.444 do Código Civil de 1916), não faz jus ao pagamento da indenização securitária o segurado que, quando da contratação do seguro, omite conscientemente a preexistência da doença que foi a causa determinante de sua invalidez. (grifo nosso)

3.5 COMUTATIVIDADE E EQUIDADE

Desde a *mancipatio*, mencionada na Lei das XII Tábuas, de 450 a.C., em que, por ato per *aes et libram*, as obrigações das partes contratantes eram pesadas, em uma balança, em praça pública, devendo ser cumpridas as formalidades legais, com a igualdade das mesmas obrigações assumidas. Representa-se esse contrato como verdadeiro símbolo da Justiça, com a igualdade das partes³⁶.

A comutatividade é o símbolo da balança jurídica, de modo figurativo representa a equivalência das prestações e o equilíbrio delas, cenário que decorre de uma negociação transparente e sincera.

Na prática se busca repelir a exploração das partes envolvidas nas negociações e consequente contratação. Negócios desastrosos face escandalosa vantagem em razão de inexperiência de um e astúcia de outro, são veementemente rejeitados pelo sistema

³⁵ Apelação 0240440-41.2006.8.26.0100 - Relator(a): Mendes Gomes - Comarca: São Paulo - Órgão julgador: 35ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 12/03/2012 - Data de registro: 19/03/2012 - Outros números: 2404404120068260100

³⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos*. 2ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 32

jurídico. Mesmo que em nossa legislação não encontremos normas que mencionem diretamente a equivalência das contraprestações, podemos encontrá-la nos princípios gerais que de maneira exaustiva trata do tema.

Ao passo que evoluímos nos estudos dos princípios notamos a correlação existente entre eles, salta aos olhos tamanha sinergia e perfeição. As engrenagens do Direito se encaixam perfeitamente favorecendo um convívio social pacífico e justo.

Nas palavras de Arnaldo Rizzardo³⁷ a síntese do conceito: (...) necessário proceder com honestidade nos negócios jurídicos. O contrato, em essência e por definição, é um congresso de vontades, para formar um ato jurídico e não expediente de exploração do homem pelo homem.

3.6 TEORIA DA IMPREVISÃO (CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS)

A teoria da imprevisão ou princípio da imprevisão é modernamente admitido em casos específicos, pois a legislação não faz menção expressa sobre o tema. Geralmente aplicada apenas em casos particulares. Respalda-se na expressão em latim *rebus sic stantibus* (das coisas como estão, estando assim as coisas), surge no Direito Moderno com nova roupagem, construída pela doutrina com a principal intenção de abrandar o princípio *pacta sunt servanda* (os pactos devem ser cumpridos), justamente para dar sustentação mínima para a parte que enfrentar alterações bruscas após o cenário inicial do contrato, de modo que a contraprestação se torne sumamente onerosa. Segundo a doutrina, o resgate da teoria da imprevisão ocorreu após a segunda guerra mundial.

Da leitura de Arnaldo Rizzardo³⁸, destacamos o seguinte trecho:

³⁷ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 9ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 22

³⁸ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 9ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 137

A exumação da velha teoria encontrou ambiente propício durante e após as duas grandes guerras mundiais, em que as nações suportaram violenta desvalorização das moedas nacionais. Os contratos celebrados antes das hecatombes dificilmente tinham condições de ser cumpridos, nos mesmos termos, após os conflitos. O credor receberia, em pagamento, uma moeda de tal sorte desvalorizada, cuja, significação real não bastaria para adquirir um objeto qualquer, sem qualificação em relação ao que ocorria na ocasião do negócio.

Note que os princípios, invariavelmente se encaixam perfeitamente em forma de ciranda para que alcancem o objetivo jurídico comum, neste caso a exemplo, conseguimos identificar com clareza dois princípios que se apoiam mutuamente: a imprevisão e a equidade.

Apenas retomando a questão de haver a previsão para a teoria na legislação pátria, segundo Álvaro Villaça Azevedo³⁹, a Doutrina e Jurisprudência brasileira consideram como existente tal previsão em todos os contratos, ainda que não expressamente contratada, está prevista no art. 478 do Código Civil de 2002, que prevê **“se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato”**, se apresenta com pressupostos fundamentais, autorizadores de sua aplicação.

A resolução, contudo, pode (e deve) ser evitada quando a outra parte concordar com a modificação equitativa das condições do contrato.

Deve haver alteração radical nos termos do contrato, condições iniciais em detrimento daquelas chamadas imprevisíveis; Entretanto, novamente no entendimento de Álvaro Villaça Azevedo⁴⁰: (...) há situações que ocorrem de um momento a outro e que podem ser previstas e causam desequilíbrio contratual, ficando obstada de aplicar-se a teoria da imprevisão (*cláusula rebus sic stantibus*).

Nossos Tribunais têm decidido baseados na corrente Doutrinária, entretanto exige-se que estejam presentes os pressupostos para a aplicação da teoria da imprevisão.

³⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos*. 2ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 34

⁴⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos**. 2ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 34

Destacamos alguns julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paul, neste sentido que passamos a expor:

Ementa⁴¹: Embargos à execução - Bem móvel - Financiamento em dólares americanos - Contrato internacional - Pagamento Conversão para o Real - Ausência de pactuação - Teoria da imprevisão - Oscilação cambial em janeiro de 1999 Onerosidade excessiva Inaplicabilidade - Rejeição mantida - Improvimento.

Ainda que pese corrente majoritária no sentido da aplicabilidade da teoria da imprevisão, se faz necessário colacionarmos posicionamento da corrente minoritária, para efeito de análise de casos divergentes enquanto respaldo principiológico, igualmente do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Ementa⁴²: Compromisso de compra e venda - Revisão contratual Correção monetária que implica atualização do valor da moeda - Utilização do IGPM-FGV como índice Abusividade Inocorrência Amortização das parcelas pagas que foi adequada, consoante a perícia Valor de outros lotes que não pode ser usado como parâmetro para o preço contratual Teoria da imprevisão Inocorrência Anatocismo Impossibilidade Juros que devem ser calculados de forma simples Súmula 121 do STF Inteligência - Recurso provido em parte.

Ementa⁴³: *CONTRATO - Financiamento Imobiliário - Carteira hipotecária - Ação ordinária de revisão de prestações e saldo devedor cumulada com repetição de indébito e consignatória - Validade da forma de reajuste livremente pactuada entre as partes - Utilização dos índices da caderneta de poupança - TR - Tabela Price - Admissibilidade - Critério de amortização das parcelas correto - Não aplicação do limite de juros de 10% ou 12% a.a. - Teoria da Revisão ou Lesão por onerosidade excessiva ou desacerto da economia inaplicável à espécie - Correção pela URV devida, no período - Validade do contrato ?? Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor - Anatocismo - Inocorrência - Utilização do CES (Coeficiente de Equiparação Salarial) em contratos dessa natureza estabelecida por lei posterior ao contrato - Inviabilidade de

⁴¹ Apelação 9051057-89.2009.8.26.0000 - Relator(a): Vianna Cotrim - Comarca: Guarulhos - Órgão julgador: 26ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 09/05/2012 - Data de registro: 11/05/2012 - Outros números: 992090637029

⁴² Apelação 0126936-95.2008.8.26.0000 - Relator(a): Jesus Lofrano - Comarca: Americana - Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 08/05/2012 - Data de registro: 10/05/2012 - Outros números: 5682264900

⁴³ Apelação Com Revisão / Contratos Bancários - 9220953-43.2003.8.26.0000 - Relator(a): Candido Alem - Comarca: Jacareí - Órgão julgador: 16ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 17/06/2009 - Data de registro: 01/10/2009 - Outros números: 1268010-1/00, 991.03.101769-0

aplicação retroativa, bem como baseada em Resolução Administrativa do Banco Nacional de Habitação' (BNH) - Recurso provido em parte, por maioria .*

3.7 ONEROSIDADE EXCESSIVA E LESÃO OBJETIVA

Segundo Professor Álvaro Villaça Azevedo⁴⁴:

(...) é melhor utilizar o princípio da onerosidade excessiva, fora do âmbito mais amplo da teoria da imprevisão, porque ele mede, objetivamente, o desequilíbrio no contrato, com a insuportabilidade de seu cumprimento por um dos contratantes.

Com essa lesão objetiva, um dos contratantes só tem benefícios e outro só desvantagens, o que configura, em linhas gerais, a *laesio enormis* do Direito Romano, quebrando-se o princípio fundamental dos contratos, o da comutatividade.

Neste mesmo sentido Caio Mário da Silva Pereira⁴⁵ (1993 apud Álvaro Villaça Azevedo 2004, P. 40), compartilha do mesmo conceito ratificando que a lesão apurar-se-á objetivamente “na desproporção evidente e anormal das prestações, quando um dos contratantes auferir ou tem possibilidade de auferir do contrato um lucro desabusadamente maior do que a contraprestação a que se obrigou”.

O fenômeno da lesão deverá ser tratado pelas partes de forma objetiva, ou seja, uma vez identificada a alteração de cenário da situação originalmente contratada, somada ao nexo de causalidade e ao desequilíbrio da contraprestações, as partes deverão imediatamente realizar uma reunião de consenso de modo que possam repactuar os termos do contrato, com o objetivo de tratar a causa raiz e desdobramentos da onerosidade excessiva da obrigação e, por consequência o insuportável cumprimento.

⁴⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos*. 2ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 39

⁴⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão dos Contratos*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993 apud AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos*. 2ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 40

Na reunião de consenso deverão ser colocados na pauta itens que auxiliem o restabelecimento da prestação de serviços, tais como:

- O interesse das partes em dar continuidade ao objeto contratado, pois, situações adversas podem ocorrer impossibilitando a continuidade da execução do serviço ora contratado;
- Apresentação do pleito da parte lesada detalhadamente, fazendo constar de forma bastante objetiva, as circunstâncias que impactaram na onerosidade excessiva;
- Por fim, as soluções encontradas para viabilizar eventual cumprimento de obrigações, a exemplo a alteração da forma da prestação do serviço, a redução do objeto contratado.

Segundo Professor Álvaro Villaça Azevedo⁴⁶ o princípio da onerosidade excessiva esta respaldado nos artigos 478 e 480 do Código Civil de 2002:

(...) o contrato nasce desequilibrado, devendo manter-se assim as coisas (*rebus sic stantibus*). Todavia, sendo este contrato de execução continuada ou diferida, podem desequilibrar-se as prestações em razão de acontecimentos extraordinários (*alea extraordinária*), que causem sérios prejuízos a uma das partes em detrimento da outra. O desequilíbrio, aqui, ocorre depois de nascido o contrato, ocorre no futuro. Só entendo como já demonstrado, que havendo o desequilíbrio, pouco importa que tal fato tenha sido, ou não, previsível. (grifo nosso)

Aplica-se, também nesse caso, por analogia, a posição justinianéia do artigo 480, havendo desequilíbrio futuro, sem que se exija a imprevisibilidade desse fato futuro, que agasalha o princípio moderno da teoria da imprevisão, que distorce o correto entendimento do Direito Romano, mas seguro e objetivo.

Compartilharmos do mesmo entendimento do Emérito Professor, pois, pouco importa se previsível ou não o fato que tornou o contrato inexecutável. Obviamente que espera-se uma análise macro da situação, aplicando à situação fática um raciocínio em que pesem demais princípios. Imprescindível que entre eles esteja a boa fé, pois, de

⁴⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos*. 2ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 40

nada adianta que seja analisado o contrato em condição de imprevisão ou onerosidade excessiva, se restar aclarado que a parte prejudicada agiu com falta de honestidade e boa fé.

3.8 CARACTERÍSTICAS DOS CONTRATOS PRIVADOS

Antes mesmo de adentrarmos nas características dos contratos privados, se faz necessária breve menção conceitual sobre atos jurídicos e contratos. Conceitos estes brilhantemente realizados pelo Professor Arnaldo Rizzardo⁴⁷, que muito contribuem para o entendimento:

Os atos humanos têm sua realização social dentro da esfera do direito, em perfeita harmonia, para que produzam todos os efeitos jurídicos. Estes atos, diz Adaucto Fernandes, “quando têm por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denominam atos jurídicos. Fora deste âmbito de direito, os demais atos emergem excluídos do círculo da regra normativa, muito embora nele possam influir por suas consequências. Esses atos se denominam de extrajurídicos. Na maioria das vezes, esses atos contrariam os fins éticos e econômicos do direito e violam normas legais. Tais atos são, por isso, ilícitos.

(...) no sentido exposto, os atos jurídicos, como vinham referidos no Código Civil de 1916, passaram a denominar-se negócios jurídicos no Código de 2002, desde que dimensionados socialmente os seus efeitos.

(...) Ocupam os contratos o primeiro lugar entre os negócios jurídicos e são, justamente, aqueles por meio dos quais os homens combinam seus interesses, constituindo, modificando ou solvendo, algum vínculo jurídico. Mais especificamente, são colocados entre os atos-negócios jurídicos bilaterais criadores de uma situação jurídica individual.

3.9 FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

⁴⁷ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 9ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 3

Inicialmente insta mencionar da extrema relevância do princípio que passaremos a bordar, pois está presente em frações tanto dos contratos administrativos, quanto dos contratos privados. Trata se realmente de princípio muitíssimo especial, merecedor de toda a nossa atenção, pois foi instituído com o nobre objetivo de socializar as relações jurídicas, em qualquer ambiente seja ele administrativo ou privado.

A aplicação do conceito é o mesmo em ambos cenários, entretanto, observamos no ambiente administrativo a aplicação esbarra-se em maiores dificuldades, que abordaremos no capítulo IV, ocasião em que abordaremos princípio a princípio sob o viés da função social.

Vale ressaltar que a função social é limite do contrato e não o seu objeto. A própria Constituição Pátria, no seu artigo 1º, inciso IV, traz o conceito de função social do contrato, quando elenca como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil o valor social da livre iniciativa. A função social igualmente é evidenciada no artigo 3º, da Carta Magna, quando menciona que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é construir uma sociedade justa e solidária.

O Código Civil de 2002 buscou inovar no sentido de se afastar de concepções individuais abordadas no Código anterior. Com isto, deu maior valoração ao interesse da coletividade face aos interesses individuais, sem perder a referência do valor fundamental da pessoa humana, conceitos respaldados pelo princípio da socialização, já totalmente absorvido pelo direito contemporâneo. Somado a isto, objetiva promover a perfeita circularização de riquezas, respeitando a função econômica das partes, evitando que seja inibido o movimento natural do comércio jurídico, com devido respaldo à coletividade na obtenção natural dos bens da vida.

É certo que uma das características marcantes do Código Civil de 2002 é o sentido social da aplicação da lei, com a consequente revisão dos direitos e deveres das figuras atuantes nos negócios jurídicos. Nessa consonância, dispõe o artigo 421: **“A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”**.

Para que se possa entender a abrangência da função social do contrato, abordaremos a questão das cláusulas gerais, que no nosso entendimento em perfeita consonância com os dizeres do Ilustríssimo Professor Nelson Nery Junior⁴⁸, originou,

⁴⁸ NERY, JR., Nelson. *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 121

entre outros o conceito e aplicação da função social do contrato, isto porque, quando falamos em cláusulas gerais, nos remetemos à alma, à estrutura, aos alicerces, à parte implícita do direito, donde se equilibra todo o ordenamento.

Para elucidar, colacionamos trecho da doutrina de Carlos Roberto Gonçalves⁴⁹:

Cláusulas gerais são normas orientadoras sob forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o, ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir. São elas formulações contidas na lei, de caráter significativamente genérico e abstrato, cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, autorizado para assim agir em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral. Quando se insere determinado princípio geral (regra de conduta que não consta do sistema normativo, mas se encontra na consciência dos povos e é seguida universalmente) no direito positivo do país (constituição, leis etc.), deixa de ser princípio geral, ou seja, deixa de ser regra de interpretação e passa a caracterizar-se como cláusula geral.

Neste mesmo sentido, assinala Nelson Nery Junior, que função social é cláusula geral e, ainda que o juiz possa, mesmo que agindo *ex officio*, preencher os claros do que significa essa tal função social, explicitando seus valores jurídicos, sociais, econômicos e morais.

Diante disso, resta demonstrada a evolução do direito, em que a aplicação de princípios abstratos, mas de suma importância, naturalmente sejam absorvidos pela cultura de um povo. Obviamente com a inserção explícita da função social na legislação, intensifica a sua aplicação, dá força e valor ao conceito, fazendo como que seja cumprida a sua função, ou seja, a exigência de um comportamento condizente com a probidade e boa-fé objetiva (CC, art. 422).

Cabendo ainda destacar o disposto no parágrafo único do art. 2035 do Código Civil: **“Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”**.

De acordo com Jones Figueirêdo Alves (apud GONÇALVES, 2009, p. 5)⁵⁰:

⁴⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Volume III: Contratos e Atos Unilaterais . 6ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, P. 7

A concepção social do contrato apresenta-se, modernamente, como um dos pilares da teoria contratual. Por identidade dialética guarda intimidade com o princípio da “função social da propriedade” previsto na Constituição Federal. Tem por escopo promover a realização de uma justiça comutativa, aplainando as desigualdades substanciais entre os contraentes.

Com isto, o legislador “humanizou” o instrumento de modo que ele pudesse cumprir a função social, aproximando o dos princípios condizentes da ordem pública.

A função social do contrato foi emoldurada no direito moderno, trazendo consigo na riqueza de suas estruturas os princípios constitucionais mais nobres.

Segundo Caio Mário⁵¹(apud Gonçalves, 2009, p. 5):

A função social do contrato serve precipuamente para limitar a autonomia da vontade quando tal autonomia esteja em confronto com o interesse social e este deva prevalecer, ainda que esta limitação possa atingir a própria liberdade de não contratar, como ocorre nas hipóteses de contrato obrigatório. Tal princípio desafia a concepção clássica de que os contratantes tudo podem fazer, porque estão no exercício da autonomia da vontade. Essa constatação tem como consequência, por exemplo, possibilitar que terceiros, que não são propriamente partes do contrato, possam nele influir, em razão de serem direta ou indiretamente por ele atingidos.

Notadamente que este princípio esbarra-se em tantos outros já coroados pela legislação pátria e pelo direito espalhado pelo mundo. Entretanto, como o direito evolui ao mesmo passo que as necessidades da sociedade, as relações naturalmente sofrem mutações no sentido de modernizar o direito e seus reflexos. Com isto, surge a integração dos princípios, com uma sutil fiscalização entre eles, sempre, em favor da coletividade, com vistas à valoração do indivíduo.

⁵⁰ ALVES, Jones Figueiredo. Novo Código Civil Comentado, Coord. Ricardo Fiuza. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 372-373 Apud GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Volume III: Contratos e Atos Unilaterais. 6ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, P. 5

⁵¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão dos Contratos*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993 Apud GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Volume III: Contratos e Atos Unilaterais. 6ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, P. 5

A função social do contrato, por vezes limita a aplicação do princípio da autonomia das partes, que tem um conceito já ultrapassado de que as partes têm total liberdade para contratar entre si. Sim, é certo que as partes têm total liberdade para contratar entre si, entretanto, a coletividade não poderá ser prejudicada em detrimento de tal liberdade de contratar, a exemplo de um negócio jurídico que versa sobre aprofundamento do canal de um rio, de modo que elimine peixes ameaçados de extinção e fonte de renda para comunidade pesqueira.

Por tal razão, afirmamos ser o princípio da autonomia e liberdade de contratar já ultrapassado, pois, considerando que o entendimento da doutrina moderna é que qualquer que seja o negócio jurídico não deverá deixar de observar a conjunção dos princípios gerais, conclui-se que a função social nada mais é do que o resultado da balança jurídica, refletindo negociações justas, honestas e extremamente equitativas.

Na lição de Antônio Jeová Santos⁵²:

É uma ficção imaginar que a liberdade contratual é absoluta e, como tal, não pode sofrer restrições. O exercício de algum direito subjetivo não pode ser feito sem que sejam observados o ordenamento jurídico e os princípios que o norteiam e o dirigem.

Na função social podemos encontrar frações dos diversos princípios que brindam direito moderno. A proposta é que de forma bastante didática e sintetizada possamos passar a expor nossa modesta opinião a respeito nos parágrafos seguintes.

Do estudo extraímos a seguinte lição:

Que a função social dos contratos já é declarada de maneira indireta nos princípios que norteiam a Administração Pública, por este motivo ele soma-se a algo que já é respaldado por muitos princípios administrativos, dizemos muitos e não todos, porque alguns tais como hierarquia, tutela, autotutela, entre outros que serão abordados no capítulo IV, refogem ao equilíbrio contratual, em detrimento da superproteção da Administração pública, o que no nosso entendimento, será natural o estabelecimento do equilíbrio total futuramente, justamente porque isto é a ordem natural da evolução da humanidade e consequentemente do direito moderno.

Em contrapartida no ambiente dos contratos privados a função social é abordada explicitamente, justamente por conta da fragilidade encontrada nas relações humanas

⁵² SANTOS, Antonio Jeová. *Função Social do Contrato*. 2ª. Ed. São Paulo: Método. 2004. P. 46

em que não nos causa nenhuma estranheza a presença de insegurança jurídica face a ausência de humanização e sociabilidade, causando por vezes atrocidades à parte menos favorecida, seja economicamente, seja por conta da ignorância dos termos contratuais. Daí porque a grande marcha doutrinária e legal no sentido de atendimento aos princípios contratuais sejam eles gerais ou específicos.

Para coroar colacionamos parte da obra de Antonio Jeová Santos⁵³:

A finalidade individualista e egoística que o direito privado gozava e privilegiava cedeu passo à sociabilidade. Agora, o intento de contratar não protege o objeto da contratação apenas ao interesse individual, mas à sociedade. Acima da vontade absoluta das partes, pairam altos valores sociais que o Estado tutela se não quiser que os componentes de seu território sejam terrivelmente lesionados, em prejuízo da sociedade em geral. Os contratos, aos poucos, vão se transformando, tendo uma feição social como forma de diminuir as desigualdades das partes contratantes.

(...) A função social do contrato, enfim, garante a humanização dos pactos, submetendo o direito privado a novas transformações e garantindo a estabilidade das relações contratuais, sensível ao ambiente social em que ele foi celebrado e está sendo executado, e não, apenas, a submissão às regras de um mercado perverso, abrumador e prepotente que deve se esfumar como o passar do tempo, tal como aconteceu com a decadência do liberalismo econômico.

4 COMPARATIVO DA BASE PRINCIPIOLÓGICA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS SOB O VIÉS DA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL

O presente estudo tem como escopo realizar a análise dos princípios da Administração Pública frente a aplicabilidade do princípio da função social.

É sabido que temos basicamente dois tipos de contratos, aqueles que se prestam à satisfação de necessidades simples, surgindo de forma tão espontânea que a utilização nem mesmo fazer transparecer a sua existência. Outros, por sua vez de tão complexos fazem com que as partes esgotem a aplicação de seus conhecimentos técnicos de modo que alcancem a finalidade pretendida, atendendo plenamente o acordo de vontades, evitando eventuais frustrações na execução do objeto.

Nesta esteira que avançaremos no estudo do presente capítulo, tratar da essência dos contratos pactuados pela Administração Pública, seja ele complexo ou não,

⁵³ SANTOS, Antonio Jeová. *Função Social do Contrato*. 2ª. Ed. São Paulo: Método. 2004. P. 144-146

trazendo a aplicação da função social dos contratos nas diversas nuances que se apresentam.

É pacífico o entendimento da doutrina e jurisprudência que o contrato deverá ser interpretado de forma sistemática. Neste sentido, torna-se essencial observar os dispositivos constitucionais, especialmente a base principiológica constitucional, que significa nada mais nada menos do que todo o alicerce do direito pátrio, é na Constituição Federal que o princípio da função social dos contratos tem o seu fundamento.

Como prelaciona Flávio Tartuce:

A função social do contrato, preceito de ordem pública, encontra fundamento constitucional no princípio da função social da propriedade *lato sensu* (art. 5º, XXII e XXIII), bem como no princípio maior de proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), na busca de uma sociedade mais justa e solidária (art. 3º, I) e na isonomia (art. 5º., *caput*)⁵⁴

A Constituição Pátria de 1988 foi esculpida com traços de sociabilidade, tornando o diploma muito mais sensível às questões humanas, deixando o dirigismo para traz. Acertou o legislador que entendeu que nenhum sistema poderá ser aplicado sem que se possa compreender as condições reais do povo e da época.

Assim assinala Antonio Jeová Santos⁵⁵ em sua preciosa obra:

Para que o direito seja materialmente realizável é preciso que a lei nele estratificada seja útil e oportuna. Do contrário, a lei será mero espectro em descompasso com a realidade do mundo fenomênico e, como um apêndice que é tão somente superficial, não servirá à sociedade e a gente para a qual foi votada e promulgada.

À vista das considerações precedentemente feitas, abordaremos os princípios que emolduram as relações jurídicas administrativas, quanto a sua efetiva aplicabilidade

⁵⁴ TARTUCE, Flávio. *Função Social dos Contratos*. São Paulo: Método, 2007. P. 415

⁵⁵ SANTOS, Antonio Jeová. *Função Social do Contrato*. 2ª. Ed. São Paulo: Método. 2004, p. 98

e colaboração para realização de contratos respaldados no berço da ética, sociabilidade e segurança, com predomínio do social sobre o individual.

Deste raciocínio, imediatamente faremos referência aos **princípios da legalidade e moralidade**, observando que ao mesmo tempo em que fazem fusão com a função social do contrato, pois intrinsecamente estão ligados, encontram um muro que os limita, pois, diferentemente do que traduz uma análise superficial do princípio da legalidade e moralidade em que nos remete à um convencimento equivocado de que as partes poderão contratar livremente os termos contratuais, desde que não a lei não proíba, em verdade devemos somar a tudo isso, a soberania de uma questão muito maior e nobre: o prevalecimento dos valores coletivos sobre os individuais, sem que seja perdido o valor fundante da pessoa humana.

Portanto, concluímos que a relação é muito mais complexa e intensa do que a simples análise textual isolada dos conceitos dos princípios. Como exemplo, podemos citar um contrato em que as partes pactuam a implantação de um aterro sanitário próximo à área de manancial, note-se que independente da vontade das partes e igualmente de legislação permissiva, há de se observar os interesses da coletividade, que neste exemplo está mortalmente prejudicada, pois, água é um bem coletivo, precioso e indispensável à vida.

É de clareza solar a necessária intervenção do Estado nestes casos, para que o objeto dos contratos celebrados sejam analisados não só de forma objetiva, mas sim, considerando todo o cenário, valorizando os interesses da coletividade, entre outros tais como ambientais, sociais e culturais. Imperioso a análise do impacto de cada contrato celebrado na rotina e na vida dos indivíduos e no meio ambiente no sentido amplo da palavra.

Observe que contrato não tem mais a força volitiva de tempos passados.

Sobre o assunto, menciona a doutrina de Humberto Theodoro Junior⁵⁶

É inegável, nos tempos atuais, que os contratos, de acordo com a visão social do Estado Democrático de direito, hão de submeter-se ao intervencionismo estatal manejado com o propósito de superar o

⁵⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 6.

individualismo egoístico e buscar a implantação de uma sociedade presidida pelo bem-estar e sob “efetiva prevalência da garantia jurídica dos direitos humanos.

Como se percebe, o princípio da legalidade entre outros que não consideram a função social das relações jurídicas, não são mais os únicos a “conduzir” o direito contratual, nos dias atuais há certo direcionamento balizados na função social e todo os desdobramentos que decorrem do seu escopo.

Em suma, o fato de determinada ação estar prevista em lei permissiva, não quer dizer que a referida ação seja absoluta, nos tempos atuais a análise deverá se basear em um conjunto de princípios não só na análise fria e objetiva.

Reafirmamos que no princípio da legalidade e moralidade encontraremos nuances de função social, entretanto importante registrar a necessidade da análise conjunta de toda a base de sustentação principiológica.

Por fim, deve se esclarecer a razão da abordagem conjunta dos princípios **legalidade e moralidade**, pois, a linha que os divide é tênue, uma vez que, entendemos moralidade como atendimento do que é lícito, ético e perfeito, a não observância do princípio da moralidade, em síntese nada mais é do que o desvio da legalidade.

Para elucidar a aplicabilidade do princípio da moralidade, colacionamos posicionamento do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Ementa⁵⁷: ADMINISTRATIVO- AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER- PEDIDO DE ANULAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR CUMULADO COM REINTEGRAÇÃO AO CARGO PÚBLICO - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA- CERCEAMENTO DE DEFESA- QUESTÃO UNICAMENTE DE DIREITO- DESNECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA- PRESTÍGIO AOS PRINCÍPIOS DA ECONOMIA E DA CELERIDADE PROCESSUAIS- PODER-DEVER IMPOSTO AO JUIZ OBSERVADO NA SENTENÇA- PRELIMINAR REJEITADA. ADMINISTRATIVO- AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER- PEDIDO DE ANULAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR CUMULADO COM REINTEGRAÇÃO AO CARGO PÚBLICO JULGADA IMPROCEDENTE- IMPOSIÇÃO DA PENA DE DEMISSÃO

⁵⁷ Apelação 0001229-43.2005.8.26.0576, Relator(a): Ferraz de Arruda, Comarca: São José do Rio Preto, Órgão julgador: 13ª Câmara de Direito Público, Data do julgamento: 14/03/2012, Data de registro: 01/06/2012, Outros números: 12294320058260576

ABSOLUTAMENTE DISSOCIADA DA MOLDURA FÁTICA CONTIDA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR INFRINGÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA PROPORCIONALIDADE- NULIDADE MANIFESTA- RECURSO DO AUTOR PROVIDO PARA JULGAR A AÇÃO PROCEDENTE.

No caso em tela, verificamos que o autor da ação pleiteia a reintegração no cargo público. Pois, alega ter sido vítima de instauração de procedimento administrativo em desacordo com previsão legal. O que lhe resultou a imposição da pena de demissão. Na leitura do relatório e consequente decisão, aclara-se o flagrante de incorrência de afronta aos princípios da legalidade, pois não fora respeitado o devido procedimento previsto em lei para o resultado da exoneração. Seguindo no mesmo raciocínio identifica-se que os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e moralidade, igualmente foram feridos, isto porque, a medida aplicada foi desproporcional, pois, diante do ocorrido outras sanções poderiam ter sido aplicadas antes que fosse aplicada, sanção máxima. Por derradeiro, obviamente que o princípio da moralidade compõe o quadro, visto que o conceito deste princípio está intimamente ligado com os demais.

Como é cediço, o processo disciplinar não se constitui instrumento submetido ao livre arbítrio da Administração e, por tal razão, não deve ser instaurado para punir por punir o servidor público.

Seguindo nesta esteira passaremos a analisar o **princípio da prevalência da ordem pública, face à função social do contrato.**

Em sábia manobra do Estado, vem este princípio ratificar a essência da função social do contrato, pois, no que tange a proteção e amparo da parte economicamente mais frágil, do débil, diante do poderio do contratante, o Estado objetiva conferir com suas disposições legais proporcionar o mínimo de bem estar social econômico, ao indivíduo. Vale ressaltar que satisfeito o indivíduo, toda a sociedade termina beneficiada.

Os **princípios da publicidade e proporcionalidade** se entrelaçam diante da função social, isto porque a publicidade garante que atos os atos praticados pela Administração Pública deverão ser levados ao conhecimento da coletividade e, seguindo neste raciocínio, uma vez dada publicidade, automaticamente cria-se um controle, fiscalização da sociedade frente aos atos administrativos, trazendo proteção para atos prejudiciais para o coletivo.

Considerando que esta publicidade dar-se-á em Diário Oficial, espera-se fiscalização, pois, trata-se de conhecimento “*erga omnes*”, logo, atos ou contratos que não tenham objetivo maior, serão rapidamente identificados com consequente aplicação dos procedimentos aplicáveis nos termos da lei.

Neste Sentido o posicionamento do Tribunal do Estado de São Paulo:

Ementa⁵⁸: Anulação de lançamentos tributários de IPTU. PROGRESSIVIDADE DO TRIBUTO. Matéria em relação à qual a autora não formulou nenhum pedido e, bem por isso, não foi apreciada pela sentença. Ausência de interesse recursal no particular. PRESCRIÇÃO. Inocorrência. Termo “a quo” que se conta da data da notificação. NÃO PUBLICAÇÃO DA PLANTA GENÉRICA DE VALORES. Lei Municipal n. 5.753/2001 e Anexo I. Princípio da publicidade e legalidade não violados. **Registro no Departamento de Assuntos Legislativos da Secretaria de Governo da Prefeitura Municipal e afixação no lugar público de costume.** Mapeamento que não contém nenhum dos elementos que compõem a base de cálculo do imposto. PEDIDO DECLARATÓRIO DE PRESCRIÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO (IPTU do exercício de 2001). Inépcia da petição inicial e falta de interesse processual. Extinção do processo de ofício no particular (art. 267, I, IV e VI, e § 3º, c.c. art. 295, I, c.c. parágrafo único, II., ambos do CPC). RECURSO NÃO CONHECIDO EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, PROVIDO EM PARTE, COM PARCIAL EXTINÇÃO DO PROCESSO, DE OFÍCIO, SEM EXAME DO MÉRITO. (*Grifo nosso*)

Colacionamos a referida ementa para exemplificar com clareza o procedimento da Administração Pública no sentido de atendimento dos preceitos legais, publicando seus atos com transparência de modo a dar conhecimento à coletividade.

Verificamos que o pleito contra a Administração Pública está baseado nos princípios da legalidade e publicidade, pois, segundo a parte prejudicada não fora juntada a revisão da planta genérica de valores instituída no Anexo I da Lei Municipal n. 5.753/01, o ensejou aumento do tributo, somado à falta de publicidade por meio de veículo oficial, nos termos da lei.

⁵⁸ Apelação 0008938-11.2011.8.26.0224, Relator(a): Mourão Neto, Comarca: Guarulhos, Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Público, Data do julgamento: 24/05/2012, Data de registro: 02/06/2012, Outros números: 89381120118260224

A publicidade caminha *pari passu* com a proporcionalidade, justamente por conta de eventuais exceções e conflitos de interesses entre particular *versus* público. Esta questão poderá ser verificada no capítulo I, item 2.4.

É no **princípio da eficiência** que encontramos um dos conceitos mais modernos aplicados à Administração pública, isto porque, a legislação ratifica o que se espera dos atos administrativos, que sejam funcionais, que atinjam seus objetivos com presteza e economicidade.

Obviamente que há uma função social no referido princípio que preza pelo erário público e consequentemente ao atendimento da necessidade do coletivo de forma honesta e pontual. Estamos mais uma vez diante de uma ferramenta potente de fiscalização e aplicabilidade do interesse público. A essência do conceito não nos remete a nenhuma dúvida de que está tomada pela função social, o que enobrece a máquina administrativa.

No que tange o **princípio da motivação** objetiva basicamente a justificativa de fato e de direito da Administração para seus atos, inclusive fundamentando suas decisões, que deverão estar em estrita consonância com o interesse da coletividade, imperioso dar motivação de seus atos ao povo, pois inevitável deixar de afirmar que o povo é o titular da “*res publica*” (coisa pública). Conquanto, considerando o fulcro do presente princípio igualmente afirmamos que ele compõe a função social na sua finalidade.

Neste sentido, se mostra corrente jurisprudencial:

Ementa⁵⁹: APELAÇÃO Mandado de Segurança Concurso público Pretensão à nomeação de primeira classificada, em cargo existente Convocação para exames médicos e apresentação de documentos, em ordem à nomeação, após a homologação do resultado final do certame Interrupção, posterior, do processo de nomeação impulsionado Falta de motivação Desrespeito à boa-fé nas relações com a Administração Pública Cargo vago (Chefe do Serviço Administrativo) que, pela sua natureza, presume-se ocupado interinamente por outrem Frustração do certame, na beira de caducar Afronta aos princípios do art. 37 da CF Direito à nomeação assegurado. Recurso voluntário e reexame necessário desprovidos. Candidata

⁵⁹ Apelação 0000697-69.2010.8.26.0390, Relator(a): Vicente de Abreu Amadei, Comarca: Nova Granada, Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Público, Data do julgamento: 24/04/2012, Data de registro: 01/06/2012, Outros números: 6976920108260390

aprovada em concurso público tem direito à nomeação, segundo ordem de classificação no certame e na existência do cargo vago, ante o abuso da Administração Pública, que, após a homologação do resultado final do certame, interrompe, sem motivação, o processo de nomeação a que deu início, frustrando o certame e desrespeitando a boa-fé.

A discussão central do caso em tela é referente à nomeação de candidata aprovada e classificada em primeiro lugar em concurso público. Ocorre que por razões desconhecidas a municipalidade, ora apelante, sem explicação alguma, não a nomeou nem lhe deu posse, o que desencadeou o processo judicial. Uma vez identificado a afronta aos princípios administrativos, inclusive os do art. 37 da CF, especialmente princípio da moralidade, por força judicial fora nomeada a candidata para que assumisse o cargo, restando clara a aplicação da justiça e exercício da função social.

Sem sombra de dúvida o **princípio da continuidade do serviço público** é plenamente acolhido pela função social do contrato, impossível ser diferente. Pois, nele repousam os serviços essenciais e porque não obrigatórios, que independente de qualquer circunstância não poderão de modo algum faltar à sociedade. Imaginemos o caos que seria se o Estado deixasse de prestar serviço funerário, coleta de lixo, água, transporte, saúde, entre outros. Neste sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo, se manifesta:

Ementa⁶⁰: APELAÇÃO Obrigação de fazer - Saúde Diabetes Mellitus I Sentença a obrigar o Estado a fornecer à autora os medicamentos e insumos necessários ao controle de sua doença Direito Fundamental amparado nos artigos 1º, III; 6º e 96, da Constituição Federal Normas de eficácia plena Inocorrência de violação ao princípio da independência dos poderes Direito universal Invalidade de critérios administrativos que neguem à pessoa seu direito fundamental à saúde e à própria vida Necessidade comprovada Não provimento do recurso.

Trata-se de pedido de obrigação de fazer formulado pela Autora em face do Estado de São Paulo, para assegurar o seu direito ao recebimento dos medicamentos Insulina (*Lantus*), Insulina (*Novorapid*) e demais insumos dos quais necessita, conforme prescrições médicas, por ser portadora de *Diabetes Mellitus I*.

⁶⁰ Apelação 0073480-72.2010.8.26.0224 Relator(a): Maria Olívia Alves, Comarca: Guarulhos, Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Público, Data do julgamento: 21/05/2012, Data de registro: 01/06/2012, Outros números: 734807220108260224

Após discorrer abordando os mais nobres princípios da constituição Pátria, Maria Olívia Alves, a Relatora, manteve a sentença de modo que todas as garantias fossem prestadas à Autora, obrigando o Estado a prestar atendimento executando assim o que prevê a Constituição Pátria.

Colacionamos trecho do julgado, para reflexão e exemplo de aplicabilidade:

O princípio da Separação dos Poderes, portanto, acolhe a intervenção do Poder Judiciário para fazer valer os comandos constitucionais e infraconstitucionais, quando eles não são observados pelos outros poderes, e deve ser aplicado em harmonia com o Princípio da Legalidade (artigo 37, caput) bem como com o Princípio da inafastabilidade do Controle Jurisdicional (art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal).

Da mesma forma, não há que se falar em discricionariedade do Poder Executivo.

Nunca é demais lembrar que o Estado está, sempre, vinculado ao cumprimento das normas constitucionais e infraconstitucionais.

Ora, à Constituição todos devem obediência, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, assim como todos os demais.

A **supremacia do interesse público** igualmente princípio de extrema colaboração nas estruturas da função social, é colocado em condição de relevância, também chamado de **princípio da finalidade pública**, porque ao final o objetivo é atender em estrita consonância a finalidade pública do ato ou serviço prestado, a exemplo podemos mencionar obras do Metrô que invariavelmente desapropria imóveis, altera/modifica plantas para que o interesse ou finalidade pública seja atendida em detrimento de um bem maior, o bem estar da coletividade. A aplicabilidade debruça exatamente no atendimento da do crescimento da demanda da população comum.

Por fim abordaremos o último princípio da Administração Pública em face da função social, **a segurança jurídica**, que traz em seu bojo a irretroatividade da aplicação da lei à situações já reconhecidas e consolidadas na vigência de orientação anterior. É uma forma de garantir ao indivíduo que não seja prejudicado em razão de mudança de orientação em face de aplicação da lei, que não é raro no ambiente da Administração Pública.

O principal foco do princípio é resguardar os interesses daqueles que tiveram respaldo legal em decisões favoráveis, independente de alteração posterior da

legislação. Repelindo eventuais prejuízos, por alterações de legislação da Administração Pública.

Em complemento ao conceito da segurança jurídica há de se observar que não estamos abordando questão de ilegalidade, até porque atos ilegais não geram efeitos, o ponto é a mudança de orientação quanto a dispositivos da lei.

Extraímos que a função social está presente no presente princípio, isto porque, analisando a aplicabilidade nota-se que a finalidade do princípio é justamente resguardar os direitos daqueles que adquiriram frente à orientações da legislação, do indivíduo em detrimento de equívocos da Administração.

Neste sentido o Tribunal de Justiça de São Paulo, coroa a aplicabilidade do princípio de forma bastante objetiva, trazendo a segurança jurídica ao particular, senão vejamos:

Ementa⁶¹: Apelações Cíveis. Mandado de Segurança. Ato Administrativo. Direito de Construir. Pretensão da impetrante de obter pela via judicial alvará de construção. Acordo firmado com o Município à luz de legislação revogada. Superveniência de Lei Urbanística mais restritiva. Ordem denegada na origem. Ausência de direito líquido e certo. Restrição válida. Inteligência do Princípio da Legalidade. Sentença mantida. Recurso não provido. ?O acordo firmado entre o particular e a Administração Pública na vigência de determinada lei, não tem eficácia se advém nova lei restritiva da pretensão objeto do primitivo acordo.

Diferentemente dos traços fortes da função social verificada nos princípios acima citados, em outros pouco se encontra da aplicabilidade da função social. Senão vejamos:

Neste sentido **o princípio da impessoalidade**, cujo único liame com a função social encontrado, repousa-se na questão da neutralidade dos atos administrativos, ou seja, o agente não deverá ter ação individual promovendo seu favorecimento nos atos da administração. O foco é realmente o coletivo, a sociedade o benefício social, que nunca em hipótese alguma deverá ser preterido face o individual.

⁶¹ Apelação 0017888-17.2011.8.26.0577, Relator(a): Rui Stoco, Comarca: São José dos Campos, Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Público, Data do julgamento: 21/05/2012, Data de registro: 02/06/2012, Outros números: 178881720118260577

Do mesmo modo o **princípio da autotutela** que traz em seu escopo a permissão para a Administração Pública rever seus atos, no sentido de uma vez identificada qualquer tipo de inconsistência e inaplicabilidade com o objeto fim, este poderá ser anulado, reestabelecendo relações ou indivíduos prejudicados. Bem, considerando que neste trabalho nos atentamos em abordar princípios constitucionais, insta esclarecer que, de um modo ou de outro, mesmo que não diretamente todos os princípios terão alguma participação na construção daquele maior, seja, função social.

Ocorre que neste caso, esta colaboração não se encontra no seio, na essência, nas vigas mestras do principal, identificamos uma colaboração mais sutil, no sentido de trazer segurança para a coletividade em face de eventuais equívocos da Administração.

Um dos princípios da Administração Pública em que definitivamente não encontraremos vínculo com a função social é o **princípio da presunção da legitimidade ou veracidade**, isto porque, tal princípio traz nuances de coação, mesmo que sutilmente.

Não é raro nos depararmos com a seguinte expressão: a administração tem presunção de legitimidade, o que em linhas gerais quer dizer que eventuais decisões administrativas terão de observar atendimento imediato, com finalidade direta ou indireta de coação, criando desde o início obrigações para o particular, independente de questionamentos ou concordância, pois, assim prevê a disposição legal. Note-se que não cabe discussão apenas aplicabilidade da ação da Administração Pública, logo, não há como haver consonância com a função social objeto deste trabalho.

Menos rígido do que o princípio anterior, esta o **princípio da especialidade**. Entretanto, totalmente voltado à incumbência de tratar com especialidade os assuntos que assim a lei prevê cujo objetivo é atender de forma extremamente rigorosa os objetivos da instituição, bem como as atribuições especificadas em lei especial. Exemplificamos com a disposição de lei que trata especialmente da criação de autarquias e, com ela toda a determinação de atividades e objetivos da instituição.

Desta síntese, facilmente extraímos o distanciamento deste princípio da função social. Contudo, com muito esforço no sentido de aproximar minimamente, pode se até chegar ao entendimento de que caso a aplicabilidade do princípio esteja em justaposição com a criação de alguma instituição que favoreça a coletividade, podemos até de forma distante pontuar algum liame. Em linhas gerais não há vínculo identificado.

Considerando que o **princípio do controle ou tutela** está lastreado pela especialidade e autotutela, portanto com o objetivo amplo de fiscalização, nos posicionamos do mesmo modo que na abordagem dos princípios dos quais decorre a tutela, ratificando assim que se trata de princípio que não tem grandes traços da função social.

Das atribuições identificadas no **princípio da hierarquia**, abordadas em item específico neste trabalho, observamos que todas são de origem de fiscalização, pois, decorre desse princípio uma série de prerrogativas para a Administração, tais como: de dar ordens, de fiscalizar, de rever atos subordinados, de delegar e avocar atribuições, punir e para o subordinado surge o dever de obediência.

Concluimos que apesar de todo o esforço ter como objetivo o atendimento das normas da Administração Pública no sentido de real eficiência do agente ou da própria Administração, não há como emoldurar o princípio na função social, isto porque resta claro a forma rígida como se apresenta no sentido do puro atendimento às normas, afastando-se portando da essência da função social, que basicamente trata de sociabilidade, eticidade, equilíbrio, entre tantos outros que poderíamos mencionar. A própria palavra hierarquia traduz a essência do princípio por si só.

A análise realizada consolidando os princípios da Administração Pública à realidade da função social dos contratos teve com objetivo demonstrar que os contratos da Administrativos, ainda carregam em seu bojo, traços de extrema rigidez e sobre posição de interesses frente o particular, com o respaldo de que a finalidade é resguardar a coletividade.

Bem, felizmente o cenário não é o mesmo no ambiente privado em que o direito moderno ao menos realiza a tentativa de humanizar as relações jurídicas.

Invocando o brilhante entendimento de Antonio Jeová dos Santos⁶², colacionamos trecho de sua obra que muito colaborou com as pesquisas do presente estudo:

O contrato será passível de modificação se não observar os critérios de justiça, de equidade e de paridade.
(...) A função social do contrato, com seus balizamentos próprios, procura evitar a imposição de cláusulas danosas aos contratantes indefesos.

⁶² SANTOS, Antonio Jeová. *Função Social do Contrato*. 2ª. Ed. São Paulo: Método. 2004, p.127-129

E Por fim deixemos a lição do renomado autor⁶³:

O contrato não pode ser reduzido a simples operação econômica, em que o automatismo e a rapidez – essa insustentável tirania da velocidade – impedem que na celebração de contratos haja a efetiva outorga de consentimento. É chegada a hora de conferir certa dose de sensibilidade e considerar os contratos em sua função social que consiste, basicamente, em obstar que o mais fraco, premido pelas circunstâncias, se veja obrigado a aceitar o que o mais forte lhe impõe. O contrato deve satisfazer e tutelar interesses humanos que se legitimam à medida que a necessidade e o monopólio se agigantam.

CONCLUSÃO

Inicialmente da análise dos regimes administrativos e privados, estratificamos que a Administração Pública, mesmo em condições de equiparação ao particular, ainda sim utilizará dos privilégios que a lei lhe confere, permanecendo em condição privilegiada em detrimento do particular e este cenário não muda.

No que tange os princípios da Administração Pública, salta aos olhos que a Administração Pública segue em uma crescente de atender fielmente o que prevê a lei, em benefício da coletividade. Entretanto, ainda estamos em fase de evolução,

⁶³ IDEM, 2009, p. 146

quebrando paradigmas e velhos conceitos, buscando um sistema menos hígido, e mais aplicável, pois, a lei só pode se assim considerada se é realizável.

Insta mencionar que os princípios da Administração Pública ainda se mostram conflitantes, pois, devido a falta de flexibilidade termina por vezes, prejudicando a coletividade, utilizando-se do próprio sistema como escudo para ações arbitrárias.

Já no Direito Privado o cenário é um pouco diferente, talvez por conta do novo modelo trazido pela Constituição Federal e posteriormente pelo Código Civil de 2002, que com a inclusão de novos artigos com redações que objetivam realmente equilibrar os contratos, solidificar a questão da dignidade humana e humanizar as relações jurídicas, deu nova roupagem ao conceito intrínseco de justiça, segurança e honestidade.

Traçando um paralelo dos princípios da Administração Pública no que tange o viés da aplicabilidade da função social, princípio este que reúne fração dos mais nobres princípios instituídos pela legislação, a exemplo a boa-fé, equidade, eticidade, comutatividade entre outros, verificamos que a função social pode ser encontrada na maioria dos princípios que norteiam a Administração Pública, afirmamos maioria porque alguns deles em razão da forma e inflexibilidade impossível a aplicação do princípio, constatação que lamentamos.

Entretanto, felizmente identifica-se que ao realizar análise macro, conclui-se que, sendo princípios rígidos ou não, há uma marcha no sentido do atendimento de único objetivo, ou seja, trazer para as relações, equilíbrio, transparência, justaposição de interesses, lealdade e bem, social.

Por fim, que o chamado Direito Moderno, em razão da especial inclusão na legislação dos aspectos sociais por meio da função social, boa-fé, eticidade, equidade etc, está em escalada constante, isto porque, por mais esforço que se faça o direito sempre estará um passo atrás das necessidades e mutações da vida humana. Em contrapartida é muito motivador vivenciar a adequação da legislação mais sensível às questões sociais buscando o bem maior, o bem coletivo e social.

A adequação dos contratos no sentido de humanizá-los anda a passos largos no direito privado. No que tange a Administração Pública, nem tanto, pois apesar do

esforço em tornar a função social presente nas relações estabelecidas, ainda há um grande legado arbitrário do Poder Público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos*. 2ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2004.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Volume III: Contratos e Atos Unilaterais. 6ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 29. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª. Ed. São Paulo: Malheiros. 2000.

NERY, JR., Nelson. *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 9ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SANTOS, Antonio Jeová. *Função Social do Contrato*. 2ª. Ed. São Paulo: Método. 2004.

TARTUCE, Flávio. *Função Social dos Contratos*. São Paulo: Método, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Sites consultados:

www.tjsp.jus.br – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

www.direitodoestado.com.br, Revista eletrônica de Direito do Estado, data de acesso: 06 de maio de 2012. Número 2, Abril, Maio e junho de 2005, Salvador/BA/Brasil. Professor Almiro do Couto e Silva

Legislação consultada:

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
Constituição do Estado de São Paulo
Código Civil Brasileiro
Código de Defesa do Consumidor