

# ADMINISTRAÇÃO E DIREITO

## ***Dos contratos administrativos com súdito de país inimigo***

OSCAR TENÓRIO

*Juiz de direito do Distrito Federal*

1. — Tem-se suscitado ultimamente, no campo doutrinário e nas esferas da administração, o problema relativo à validade dos contratos administrativos com súditos de país inimigo. A questão está ligada ao próprio conceito da guerra. Do desvirtuamento que se há pretendido fazer do referido conceito, promana a concepção errônea de que o Estado não pode contratar com pessoas nacionais de potência inimiga. Torna-se indispensável, pois, o reexame da matéria à luz dos princípios do direito internacional moderno.

Recolhendo a lição ditada pela experiência das guerras na antiguidade, o direito das gentes, sistematizado no tempo de GROTIUS, admitia que o Estado inteiro (governo e súditos) era inimigo. Bens e pessoas dos particulares eram atingidos pelas medidas que atingiam diretamente o Estado.

Nos meados do século XVIII, VATTEL não se tinha afastado ainda do critério tradicional. Escrevia que a declaração de guerra feita por um soberano a outro soberano se entendia como a declaração de guerra feita pela Nação a outra Nação. Concluía, então, que todos os súditos de uma são inimigos de todos os súditos da outra (1). As mulheres e as crianças estavam incluídas na categoria de inimigos.

Entretretanto, como a assinalar o início da transformação que se operaria dentro em breve, o jurista suíço indicava o abrandamento que a guerra entre a França e a Inglaterra operara. A teoria contratual de ROUSSEAU trouxe profunda modificação nas idéias dominantes. PORTALIS, na abertura do Conselho de Presas, em o ano VIII, dizia: “Entre deux ou plusieurs nations belligé-

rantes, les particuliers dont ces nations se composent ne sont ennemis que par accident; ils ne le sont point comme hommes; ils ne le sont pas même comme citoyens; ils le sont uniquement comme soldats”.

A humanização da guerra veio permitir que as pessoas e os bens de súditos inimigos, não participantes da luta, contem com a proteção da autoridade pública. O respeito à pessoa humana, a inviolabilidade da propriedade e o exercício dos direitos privados são assegurados, com as únicas limitações que as necessidades legítimas da guerra justificam.

Os particulares de Estados inimigos podem continuar, normalmente, as suas atividades, subordinados, contudo, à vigilância justificada pela guerra. Por isso, a condição do particular está sujeita à conduta que êle tome.

2. — Em matéria de contratos, nenhuma distinção é estabelecida a respeito da capacidade. O súdito inimigo, residente no território do Estado beligerante, pode contratar livremente, exceto no que diz respeito à segurança nacional. As interdições do comércio com o inimigo compreendem os atos que possam servir, direta ou indiretamente, às forças inimigas.

Se a condição jurídica do súdito inimigo permanece, em regra, inalterável a propósito dos direitos civis, modificações sofre ela quando os interesses da guerra reclamam restrições ao comércio. O princípio de que o súdito inimigo não é beligerante, pois a beligerância pertence ao Estado, não exclue medidas subordinadas à defesa nacional em sentido amplo. Prende-se a êste critério o pensamento de BALLADORE PALLIERI, segundo o

(1) VATTEL, *Le Droit des Gens*, trad. en français par Royer-Collard, 1835, t. II, § 70.

qual não se deve tomar contra súdito inimigo qualquer medida odiosa, originada unicamente do espírito de hostilidade contra êle (2).

A Inglaterra e os Estados Unidos ficaram, por muito tempo, à margem do critério que se tornou célebre graças ao prestígio de PORTALIS. Reconheciam que a guerra entre Estados é ainda a guerra entre os súditos. O *ius standi in iudicis* era negado a êstes. Fustigava-se como ato de felonía a infração do preceito (3).

Ao falarmos da antiga prática anglo-americana temos em vista as numerosas exceções que ela tem tido, sobretudo devido à ação do poder judiciário. Os dois sistemas, o continental e o anglo-americano, distinguem-se em que o primeiro permite restrições à vida do súdito inimigo em virtude de normas legislativas, e o segundo, em virtude das reais exigências bélicas (4).

A pitoresca observação de LAWRENCE, de que o carácter de inimigo, como atributo jurídico, é semelhante à gama de côres (5), serve para mostrar que um roteiro retilíneo não pode ser traçado em matéria tão delicada. Se na Inglaterra a questão de capacidade dos cidadãos de Estados beligerantes já encontra solução no direito interno, como demonstração de transigência com a prática, em muitos países há o fortalecimento do princípio que nasceu e se desenvolveu na França.

3. — A importância do assunto foi reconhecida pelo Instituto de Direito Internacional, organismo de prestígio universal. Em 1910, NICOLAS POLITIS apresentou a exame de seus colegas um relatório preliminar sobre "Effets de la guerre sur les Obligations Internationales et les Contrats privés", no qual apreciou a matéria sob o aspecto dos contratos administrativos. Distinguiu, no ponto que nos interessa, os contratos concluídos antes da guerra e os concluídos durante a guerra. Em relação aos primeiros sustentou que, nas obrigações

entre beligerantes e súditos de Estados inimigos, aqueles devem respeitar os contratos, seja qual for a sua fonte: empréstimo público, fornecimentos, locação de serviços e de coisas, etc. Escreveu, para justificar a sua opinião, o seguinte: "Le belligérant ne peut saisir le prétexte de la guerre pour prétendre se libérer de sa dette. Ce serait une odieuse confiscation. L'intérêt bien entendu de son crédit se combine avec l'intérêt supérieur de la justice pour en exclure la possibilité" (6).

Sendo credor o beligerante, a mesma solução tem de ser dada. A validade dos contratos se mantém inalterável, podendo o Estado compelir o devedor (súdito do país inimigo) ao cumprimento das cláusulas estipuladas.

Ao tempo em que POLITIS elaborou o seu relatório preliminar, o problema da revisão dos contratos de acordo com a cláusula *rebus sic stantibus* tinha interesse quase circunscrito no campo do direito internacional público e no direito canônico. As condições de estabilidade de vida econômica na primeira década do século atual, permitiram que o cânone do respeito dos contratos, quer privados, quer administrativos, se incluísse na táboa dos direitos. Entretanto, as condições econômicas, políticas e sociais se alteraram de tal forma que a cláusula *rebus sic stantibus* se incorporou também ao direito administrativo, surgindo uma legislação realista.

4.— O direito administrativo internacional há participado da referida modificação. Em tempo de guerra, principalmente, a cláusula *rebus sic stantibus* encontra sólido apoio na profunda transformação que se opera com a beligerância. E' verdade que a alínea *h* do artigo 23 do Regulamento concernente às leis e aos costumes da guerra terrestre, firmada na 2.<sup>a</sup> Conferência de Háia (1907), estabelece a proibição aos beligerantes de declarar extintos, suspensos ou não admitidos em justiça os direitos e ações dos nacionais da Parte adversa. Mas o preceito proibitivo tem de ser apreciado de acordo com as necessidades do Estado beligerante

(2) GIORGIO BALLADORE PALLIERI, *La Guerre*, 1935, pág. 366.

(3) B. C. J. LODER, *De l'influence de la guerre sur les contrats privés*, in "Journal du Droit International Privé", 41<sup>e</sup> année, 1914, pág. 7.

(4) BALLADORE PALLIERI, *op. cit.*, pág. 368.

(5) T. J. LAWRENCE, *Les Principes de Droit International*, trad., 1920, pág. 378.

(6) V. *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 23 vol., 1910, pág. 264.

e as leis internas. Sendo uma cláusula tácita, de conceito e limites imprecisos, a sua aplicação deve estar subordinada a altos princípios de justiça e de moral (7).

A propósito dos contratos concluídos durante a guerra, expressou-se POLITIS nos seguintes termos: "A l'égard de l'Etat contractant, ils sont pleinement valables et doivent être régis par les mêmes règles que les contrats antérieurs à la guerre." (8)

Ora, os contratos administrativos são atos jurídicos que exigem, entre outros, os seguintes requisitos: 1) vontade das partes; 2) objeto lícito e forma prescrita em lei; 3) capacidade das partes. O Regulamento Geral da Contabilidade Pública

(7) V., para algumas observações, o livro de ALADAR GOELLNER, *La revision des traités sous le régime de la Société des Nations*, Paris, 1925.

(8) NICOLAS POLITIS, *Annuaire...*, pág. 265.

enuncia no artigo 767 os requisitos de validade, entre os quais se encontra o registo do contrato pelo Tribunal de Contas. A esta côrte cabe a apreciação da capacidade das partes contratantes.

Em pronunciamento recente, o Tribunal de Contas admitiu, por maioria de votos, sufragando parecer do Procurador Geral, a incapacidade dos súditos de país inimigo. Não apoia o direito das gentes moderno tal pronunciamento.

Só existe um juiz da conveniência ou não de contratar com pessoas naturais de Estado inimigo — o governo brasileiro. Os contratos celebrados anteriormente à guerra podem ser rescindidos, respeitadas as regras da rescisão. Durante a guerra, o governo tem o critério de examinar e oportunidade de contratar com súditos de país beligerante inimigo.

## EXPOSIÇÕES DE MOTIVOS

### DECRETOS-LEIS SÔBRE ORGANIZAÇÃO DO GOVERNO E DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL — INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 14 E 180 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

#### DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DO SERVIÇO PÚBLICO

798 — Em 16 de março de 1943 — Excelentíssimo Senhor Presidente da República. — O exercício da função legislativa, total ou parcialmente, pela própria pessoa ou órgão encarregado da gestão direta dos negócios públicos perde-se na noite dos tempos. A princípio, o direito não se traduz ainda em fórmulas precisas que possam merecer o nome de lei, senão apenas em ordens dadas e impostas pela força: *quod jussum est*. A própria pessoa que dirige e comanda tem o poder de decidir em cada caso concreto exercendo simultaneamente as funções normativa, executiva e jurisdicional.

2. Esta situação se manteve, em sua essência, mesmo após o advento do direito escrito, sem embargo da influência de Aristóteles, que classificara naqueles três grandes grupos as funções do Estado e da doutrina de Polybius sôbre o *governo misto*, onde estavam implícitos os princípios da *separação dos poderes* e dos *freios e contrapesos* (CARL JOACHIM FRIEDRICH, *Separation of Powers*, in *Encyclopaedia of the Social Sciences*, MacMillan, New York), doutrina essa que WILLIAM BENNETT MUNRO haveria de considerar, mais tarde, um autêntico *americanismo* (*The*

*Governments of Europe*, MacMillan, New York, 1931, página 44).

3. Após a queda de Roma, passou a vigorar nos antigos estados germânicos o princípio de que as leis deveriam ser feitas pelo povo em tudo o que dissesse respeito à administração da justiça, ficando o rei com a legislação referente à organização estrutural do Estado e ao comando do exército (VON STEIN, *La Scienza della Pubblica Amministrazione*, Trad. ital. de Attilio Brunialti, Turim, 1897).

4. Na França, apesar de adotado o mesmo princípio da legislação feita pelo povo, a Coroa mantinha, por seu alvedrío, um direito próprio, particularmente ao tempo de Carlos Magno, quando os vários povos do Santo Império Romano, espalhados por um território vastíssimo e com hábitos e costumes os mais diversos, não podiam votar leis gerais. O rei, em face dessa situação, baseado no poder militar e no poder de polícia, expediu, sob a forma de Ordenanças ou Regulamentos, várias leis sôbre direito substantivo e processual (*Capitulares*).

5. Alargando e restringindo o seu âmbito, em movimento de avanço e recuo, manteve-se o poder do rei de expedir Ordenanças, até o Século XVII, quando um novo fator veio exercer influência marcante sôbre o assunto, em face das lutas surgidas entre o soberano e os senhores feudais. As necessidades de ampliação do serviço administrativo real exigiam o aumento dos impostos até então vigentes e como êsses tributos eram considerados quase um ato contrário ao direito de propriedade dos senhores feudais e inteiramente fora do poder regulamentar do rei, outro meio não havia, para êste, senão fazer aprovar pelo