CONTRATOS DE DIREITO PRIVADO DA ADMINISTRAÇÃO: REPENSANDO UM ANTIGO PROBLEMA

Luciano Medeiros de Andrade Bicalho
Advogado da União, mestre em Direito Administrativo pela Universidade Federal de
Minas Gerais, pós-graduado em Direito Público, pela
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

SUMÁRIO: Introdução; 1 Teorias negativas; 2 Teorias positivas; 2.1 Critério da jurisdição; 2.2 Critério da forma e formalidades; 2.3 Critério da natureza jurídica das partes; 2.4 Critério do fim de utilidade pública; 2.5 Critério do objeto de serviço público; 2.6 Critério da relação de direito público; 2.7 Critério do regime jurídico; 2.8 Critério estatutário; 2.9 Critério dos atos de gestão e de império; 2.10 Critério das cláusulas exorbitantes; 3 Teoria dos contratos administrativos à luz do regime jurídico administrativo; 4 Conclusão.

RESUMO: A sistematização que se tem dado aos contratos celebrados pelo Estado repousa sob o fundamento da distinção de natureza entre contratos de direito privado e os contratos administrativos. A distinção, contudo, tem levantado infindáveis controvérsias, diante das inúmeras teorias que se propuseram a eleger os elementos que tornariam o contrato administrativo uma categoria jurídica própria, distinta da categoria dos contratos firmados entre particulares. O presente estudo tem por objetivo sistematizar essas inúmeras teorias, e, diante da sistematização dessas teorias, elaborar uma análise crítica sobre a natureza jurídica dos contratos administrativos. Procurar-se-á demonstrar que esta distinção que a doutrina quer mostrar não passa de um equívoco histórico, a que o legislador ordinário que elaborou a Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/93) não conseguiu se furtar.

PALAVRAS-CHAVE: Administrativo. Contratos administrativos. Contratos de Direito Privado. Direito Comparado.

ABSTRACT: The systematization that has been given to contracts subscribed by the State rests under in kind distinction between private law contracts and administrative contracts. The distinction, however, has raised endless controversy, given the numerous theories that have proposed to choose the elements that would make the administrative contract a legal category of its own, distinct from the category of contracts between individuals. This study aims at systematizing these numerous theories, and, in the presence of the systematization of these theories, developing a critical analysis of the legal nature of administrative contracts. Search will demonstrate that this distinction that doctrine wants to show is merely a historical mistake, which the ordinary legislator who made the General Bidding Law (Law 8.666/93) was unable to escape.

KEYWORDS: Administrative Law. Administrative Contracts. Contracts of Private Law. Comparative Law.

INTRODUÇÃO

Grande confusão tem gerado a discussão sobre a existência do contrato administrativo como categoria jurídica própria, distinta da categoria dos contratos firmados entre particulares, e distinta, ainda, dos contratos de direito privado celebrados pela Administração.

Gabino Fraga (1977, p. 425) observa que o critério é dos mais discutidos e imprecisos, pois varia, na doutrina, desde a equiparação substancial destas classes de contrato, reconhecendo-se apenas diferenças de caráter formal, até a negativa de que o contrato administrativo seja verdadeiramente um contrato.

No Brasil, ao revés, a discussão doutrinária não encontra maior fecundidade, escondendo-se por detrás da aparente calma um turbilhão de incongruências, expostas a seguir. Vejamos.

Para Di Pietro (2007, p. 245), por exemplo, o contrato administrativo é caracterizado pela finalidade de utilidade pública diretamente resultante de seu objeto. Quando não há uma finalidade de utilidade pública a ser diretamente resguardada através do contrato, a Administração celebra contratos de direito privado, em posição de igualdade com o particular. Ao contrário, em algumas hipóteses, o contrato celebrado pela Administração tem por objeto a tutela imediata de um interesse público, razão pela qual à Administração são concedidas prerrogativas e privilégios especiais, em detrimento do particular contratado.

O contrato administrativo se distingue, portanto, de acordo com Di Pietro (ob. cit. p. 245), pela existência de prerrogativas extraordinárias em favor da Administração. Quanto às sujeições impostas à Administração, não se diferem os contratos de direito privado e os administrativos; todos eles obedecem às mesmas exigências de forma, de procedimento, de competência e de finalidade.

Posição similar à de Marcos Juruena Villela Souto (2004, p. 277), para quem os contratos de direito privado celebrados pela Administração são aqueles em que a Administração se sujeita ao regime de direito privado, em igualdade de condições com o particular, embora observando certas formalidades inerentes ao controle.

Dessa forma, os contratos de direito privado se diferenciam dos administrativos pelas distintas prerrogativas outorgadas à Administração. Em relação às sujeições impostas, não há distinção entre as espécies: em todo e qualquer contrato celebrado pela Administração, aplicam-se as sujeições decorrentes do regime jurídico administrativo.

Lucas Rocha Furtado (2007, p. 438) explica que o interesse público que o contrato administrativo visa alcançar justifica a inserção

de determinadas cláusulas que conferem à Administração posição de superioridade perante o particular.

Para Edmur Ferreira de Faria (2004, 273), a posição de superioridade da Administração consiste basicamente no poder que lhe é atribuído de modificar unilateralmente as demais cláusulas do contrato, para melhor adequá-las à finalidade de interesse público.

De acordo com Bandeira de Mello (2006, p. 578), a superioridade se exprime, fundamentalmente, pela possibilidade de a Administração instabilizar o vínculo, alterando unilateralmente o que fora pactuado a respeito das obrigações do contratante, ou mesmo extinguindo unilateralmente o contrato – ambas as formas de instabilização se constituem um direito da Administração.

Coelho Motta (2005, 473) acredita que essa prerrogativa da Administração é o elemento que define o regime jurídico do contrato administrativo.

Fiorini (1968, p. 420), contudo, adverte que a existência de cláusulas exorbitantes é a consequência, não causa deste regime. Por essa razão, há de se verificar qual o regime jurídico aplicável ao contrato.

Assim, dentro da linha de raciocínio exposta pela doutrina nacional, privados seriam os contratos que se submetem às regras de Direito Privado, e, públicos, os que dependem de regras de Direito Público (FARIA, 2004 p. 268). Melhor dizendo, contratos de direito privado seriam regidos pelo Código Civil e demais normas de direito privado; e os contratos de direito público, pela Lei nº 8.666/93 e demais normas de direito público.

Em consequência, Di Pietro (2007, p. 245) considera contratos de direito privado a compra e venda, a doação e o comodato.

Já os contratos administrativos seriam aqueles, de acordo com Mauro Roberto Gomes de Mattos (2001, p. 72), sem similares no direito privado, a exemplo da concessão de serviço público, contrato de obra pública e uso de bem público.

A doutrina não se dá conta da perplexidade que gera o raciocínio acima: a Lei nº 8.666/93 estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras, alienações e locações dos poderes da União, Estados, Municípios e Distrito Federal (art. 2º). Vale dizer, o regime jurídico da Lei nº 8.666/93 incide precisamente sobre espécies de contratos disciplinados pela legislação civil: obras (art. 610 a 626 do Código Civil); serviços (art. 593 a 609 do Código Civil); compras (art. 481 a 532 do Código Civil); alienações (art. 481 a 532 do Código Civil); locação (art. 565 a 578 do Código Civil).

Por outro lado, os contratos considerados tipicamente administrativos, a permissão e concessão de serviços públicos e o uso de bem público, estão regulamentados em legislação específica, aplicando-lhes apenas subsidiariamente a Lei nº 8.666/93, conforme disposto no art. 121, parágrafo único, e art. 124 da Lei Geral de Licitações.

Ou seja, adotando-se os pressupostos em que se baseia a doutrina nacional, a Lei nº 8.666/93 regulamentaria diretamente apenas os contratos de direito privado (contratos de empreitada, de prestação de serviços, de compra e venda, de locação) celebrados pela Administração.

Portanto, os critérios tradicionalmente utilizados pela doutrina são inadequados para diferenciar os contratos administrativos dos contratos de direito privado da Administração.

Como se não bastasse, o art. 62, § 3º da Lei nº 8.666/931, expressamente dispõe que se aplicam as prerrogativas previstas no art. 58 aos contratos cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado e aos contratos em que a Administração seja usuária de serviço público.

Ora, se o que caracteriza os contratos administrativos é a existência das cláusulas exorbitantes, previstas no art. 58 da Lei nº 8.666/93, e se, por expressa disposição legal (art. 62, § 3º), aplicam-se as prerrogativas previstas no art. 58 a todos os contratos celebrados pela Administração, inclusive àqueles cujo conteúdo seja regido por normas de direito privado, a conclusão que necessariamente se encerra é a seguinte: não há diferença substancial entre contratos administrativos e contratos de direito privado da administração.

Essa a conclusão de Lucas Rocha Furtado:

Se o método de aplicação do Direito é, em relação a qualquer contrato celebrado pela Administração Pública, sempre o mesmo, se o traço mais característico dos contratos administrativos é a presença de cláusulas exorbitantes, e se as cláusulas exorbitantes devem, em razão de expressa determinação legal (Lei nº 8.666/93,

1 O artigo é quase que uma transcrição literal do art. 52, § 3º do Decreto-lei nº 2.300/86, norma que regulamentava as licitações e contratos administrativos anteriormente a edição da Lei nº 8.666/93:

Art. 52 (omissis).

§ 3º - Aplica-se o disposto nos arts. 45, 48, 49, 50, 51 e demais normas gerais, no que couber:

a) aos contratos de seguro, de financiamento, de locação, em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por normas de direito privado;

b) aos contratos em que a União for parte, como usuária de serviço público.

art. 62, § 3º, I), estar presentes em todos os contratos inclusive naqueles cujo conteúdo seja regido pelo Direito privado, todos os contratos celebrados pela Administração Pública são contratos administrativos (FURTADO, 2007, p. 430)

A Lei nº 8.666/93 publicizou, por assim dizer, todos os contratos de compra e venda, aluguel, serviços e obras celebrados pela Administração. De acordo com a doutrina, as cláusulas (exorbitantes), previstas no art. 58 da Lei nº 8.666/93, é que conferem identidade ao contrato administrativo, pois sintetizam faculdades inconciliáveis com os princípios do direito privado. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 531).

O art. 62, § 3º da Lei nº 8.666/93 declara que se aplicam além dos preceitos dos arts. 55 e 58 a 61, as demais normas gerais da Lei, no que couber.

Quais seriam essas normas gerais? Que outras normas da Lei nº 8.666/93 se aplicam aos contratos de direito privado da Administração?

Evidentemente, o termo “normas gerais” do art. 62, § 3º não se confunde com o termo “normas gerais”, expresso na norma de competência do art. 22, XXVII da Constituição da República, pois, nos termos da Constituição, todas as normas da Lei nº 8.666/93 são (ou, ao menos, deveriam ser) normas gerais. Caso houvesse identidade entre os termos, todos os artigos da Lei nº 8.666/93 aplicar-se-iam aos contratos de direito privado da Administração.

Como já foi advertido por Gordillo (2003, p. XI-14), os contratos celebrados pela Administração têm todos um regime, em parte, de direito público, mas não de modo uniforme. Há, dessa forma, que se identificar quais elementos dos contratos de Direito Privado da Administração são regidos pelo Direito Privado.

Bandeira de Mello (2006, p. 578) foi um dos poucos que se arriscou a resolver a questão. Para o autor, os contratos de Direito Privado da Administração se regem, tanto em relação ao conteúdo quanto aos efeitos, pelo Direito Privado. Enquanto os contratos de direito privado celebrados pela Administração regulam-se em seu conteúdo pelas normas do Direito Privado, os contratos administrativos submetem-se às regras e princípios do Direito Público.

Essa distinção sofre, contudo, severa crítica de Hely Lopes Meirelles.

Não é o objeto, nem a finalidade ou o interesse público que caracterizam o contrato administrativo, pois o objeto é normalmente idêntico ao do Direito Privado (obra, serviço, compra, alienação,

locação) e a finalidade e o interesse público estão sempre presentes em quaisquer contratos da Administração, sejam públicos ou privados, como pressupostos necessários de toda atuação administrativa (MEIRELLES, 2007, p. 196).

No aresto *Société des Granits*, do Conselho de Estado francês, o Comissário de Governo Léon Blum, a pretexto de definir a natureza dos contratos administrativos, declarou a irrelevância do objeto do contrato para sua definição (JÈZE, 1949, P. 328).

Marienhoff (1966, p. 53), contudo, diz que o contrato administrativo se qualifica ou pela inserção de cláusulas exorbitantes ou, ainda, pelo seu objeto, diverso do objeto dos contratos de direito privado. Também para Bielsa (1950, p.172), os contratos administrativos se caracterizam pelo seu conteúdo - a realização imediata de um serviço público, de uma obra pública ou de um fornecimento para um serviço público.

Já para Gaston Jèze (1949, p. 314), o que individualiza o contrato administrativo são os seus efeitos, diversos dos efeitos que irradiam dos contratos civis.

É fácil observar o mar revolto em que se movem as concepções a respeito do elemento distintivo entre os contratos administrativos e os contratos de direito privado da Administração. Vê-se que todas as observações levantadas acima demonstram cabalmente a insuficiência das teorias expostas sobre a matéria.

É necessário revisitar as diversas teorias que se erigiram no direito comparado, para que se possa, ao final, tentar verificar se há efetivamente a distinção que a legislação e a doutrina querem mostrar, ou se, ao contrário, não se passa de um equívoco histórico, a que o legislador ordinário não conseguiu se furtar.

A investigação tem, por isto, cunho meramente especulativo, pois não se prende às disposições infralegais vigentes sobre a matéria. O objetivo é verificar se há suporte científico adequado para as diversas teorias levantadas e se a opção legislativa, adotada no Brasil, é congruente com o arcabouço teórico da disciplina.

1 TEORIAS NEGATIVAS

A idéia do contrato administrativo encontrou muita resistência na doutrina alemã. Essa tendência se firmou, sobretudo, pela teoria de Otto Mayer. Segundo o autor, o que se costumava qualificar por contrato administrativo era, na verdade, um ato administrativo unilateral, dependente do consentimento do interessado para gerar

efeitos jurídicos válidos. De acordo com Otto Mayer, o Estado só pode atuar unilateralmente. (BREWER-CARIAS, 1992, p. 15).

Outro argumento nos apresenta Fleiner, acrescentando que a figura do contrato pressupõe igualdade entre as partes, e que a superioridade do Estado perante os particulares, portanto, o impossibilitaria de celebrar contratos. (ESCOLA, 1977, p. 35).

Na Itália, com influência na teoria de Otto Mayer, parte da doutrina considera que todos os atos administrativos, por serem praticados no exercício do poder de império do Estado, são sempre unilaterais. Dessa forma, todos os contratos celebrados pela Administração são contratos de direito privado, independente do objeto. (BREWER-CARIAS, 1992, p. 15).

Dentro dessa concepção, é bastante difundida a teoria dos dois níveis, segundo a qual, no procedimento de contratação do Estado, há dois momentos distintos: um primeiro, de direito público, relativo aos requisitos formais para a celebração do contrato (licitação prévia, autoridade competente, disponibilidade orçamentária, etc); outro, de direito privado, que seria o contrato.

Na Espanha, laborou-se teoria similar, denominada teoria dos atos separáveis. Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramon Fernandes (1991, p. 616) observam que a competência e o procedimento de celebração dos contratos da Administração têm regulação uniforme e comum, independente da regulação de fundo própria para cada espécie de contrato. Todas essas regras de competência e procedimento podem, portanto, ser aplicadas a todos os contratos - privados ou administrativos - independentemente.

Duguit sustentava que os elementos essenciais de um contrato mantêm sempre os mesmos caracteres, tanto o contrato celebrado pela Administração quanto por particulares. Por isso, não haveria diferença de fundo entre os contratos civil e administrativo. (ESCOLA, 1977, p. 40)

Na doutrina italiana merece destaque a posição de Renato Alessi (1970, p. 266). De acordo com o autor, o contrato é essencialmente um instrumento de solução pacífica dos conflitos de interesses entre distintos sujeitos. Nos conflitos entre Administração Pública e particular, há de prevalecer sempre o interesse público primário da Administração (interesse da coletividade) sobre o interesse privado do particular. Portanto, somente seria válida a solução contratual de conflitos entre o interesse secundário da Administração, isto é, o interesse puramente patrimonial da Administração, enquanto sujeito de direitos e obrigações, e o interesse do particular. Nessa hipótese, a Administração se colocaria em pé de igualdade com o particular, necessitando, pois, fazer uso dos meios privados, postos à disposição para solução de conflitos.

2 TEORIAS POSITIVAS DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

A observação cotidiana da praxe administrativa demonstrou a realidade inexorável da figura do contrato celebrado pela Administração. Inúmeros são os acordos de vontade celebrados pelo Estado com particulares (ou com outras entidades de Direito Público), com objetivo de criar, modificar ou extinguir direitos.

As concepções que negavam a possibilidade de a Administração Pública celebrar contratos fundamentavam-se em uma visão clássica do contrato, enquanto acordo de vontades entre partes livres e iguais para estipularem obrigações e direitos.

Com relação à estipulação das obrigações e direitos recíprocos, deve-se observar que a liberdade contratual, mesmo no direito privado, é bastante regrada por lei. Não há uma liberdade ilimitada para estabelecer as condições do acordo.

Por vezes, nem mesmo é permitido às partes discutirem as condições do contrato. Determinadas atividades são executadas, ou determinados bens são comercializados, mediante condições padrões para todos aqueles que queiram usufruir da atividade ou adquirir o bem. Esse fenômeno, qual seja, dos contratos de adesão, é típico de nossa sociedade (de consumo em massa) e tem se proliferado de tal forma que se pode até arriscar a dizer que hoje constituem regra no tráfico civil (vide os contratos de TV a cabo, telefonia fixa e celular, água, luz, recolhimento de lixo, associação a entidades recreativas, transporte, turismo, etc).

Por outro lado, a igualdade entre as partes é conceito relativo, que deve ser considerado apenas no sentido de que as partes sejam sujeitos de direitos e obrigações. Inúmeros outros contratos são celebrados entre sujeitos desiguais, a exemplo dos contratos de serviços públicos, de um modo geral, em que há flagrante desigualdade de poderes entre o prestador do serviço e o usuário, ou, ainda, o contrato de trabalho, em que a subordinação de uma das partes à outra é requisito jurídico intrínseco da relação (art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho).

Não se verificando, dessa forma, base sólida para as teorias que negam a possibilidade de a Administração agir mediante contratos, restou à doutrina senão a busca pelo critério de singularidade dos contratos celebrados pela Administração.

Como foi argutamente verificado por Escola (1990, p. 601), não existem hoje discrepâncias quanto a aceitar a capacidade da Administração para celebrar contratos. A controvérsia se funda na natureza e características destes contratos.

2.1 CRITÉRIO DA JURISDIÇÃO

Alguns países adotam o sistema dualista de jurisdição, a exemplo da Espanha, França, Alemanha, Argentina e Venezuela.

A partir da dualidade de jurisdição, desenvolveu-se o critério, proposto originariamente por Merkl, de que são contratos administrativos aqueles submetidos à jurisdição administrativa (DROMI, 1973, p. 363).

Nessa perspectiva, não há uma natureza intrínseca ao contrato administrativo, diversa dos demais atos jurídicos praticados pela Administração. A singularidade do contrato decorre unicamente da jurisdição competente para julgar as controvérsias advindas do ato.

Esse critério prima pela simplicidade, porém, como adverte Estorninho (2003, p. 78), não é critério suficiente para qualificar um contrato, uma vez que sempre será necessário verificar qual foi o critério substancial que motivou o legislador a submetê-lo à jurisdição administrativa.

Como observa Díez (1963, p. 442), o critério da jurisdição nada diz sobre o regime jurídico e a natureza do contrato administrativo.

Ademais, é de aplicação restrita a determinados países; não é critério válido para os países com sistema de jurisdição una.

Com efeito, a atribuição de competência aos tribunais administrativos, para dirimir os conflitos advindos dos contratos celebrados pela Administração não teve, em sua origem, uma razão substancial. Originou-se na especial interpretação que historicamente se fez do princípio da repartição de poderes na França revolucionária (ESTORNINHO, 2003, p. 78). Havia, naquela época, uma geral desconfiança de que a intromissão do Poder Judiciário nas medidas administrativas do novo Estado poderia impedir a concretização dos ideais revolucionários.²

Essa atribuição de competência à jurisdição administrativa, entretanto, impulsionará e justificará, dizem Enterría e Tomás-Ramón Fernandes (1991, p. 600), a transferência paulatina à execução destes

² O contencioso administrativo não teve, ademais, nenhum conteúdo garantístico dos direitos dos cidadãos. Ao contrário, pretendiam os revolucionários franceses impedir que a animosidade existente entre os revolucionários e os membros dos tribunais judiciais limitasse a ação do novo Estado que se formava (BINENBOJM, 2007, p. 121).

Para Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernandes, entretanto, essa distinção deveu-se mais a razões de ordem prática, pois que os tribunais administrativos seriam mais expeditos e conheceriam melhor o funcionamento da Administração Pública (1991, p. 600).

contratos das técnicas normais de atuação da Administração, em especial, do privilégio de autotutela.

Dessa forma, apesar de inicialmente baseada em aspectos puramente históricos, a jurisdição administrativa francesa irá impulsionar o trabalho de elaboração de um critério material para distinção dos contratos administrativos.

2.2 CRITÉRIO DA FORMA E FORMALIDADES

Diante da insubsistência do critério da jurisdição, a doutrina esforça-se por desvelar um verdadeiro critério, substantivo, de identidade dos contratos administrativos. Trata-se inicialmente, a bem da verdade, de uma tentativa de se justificar o dualismo de jurisdição (ESTORNINHO, 2003, p. 79).

A primeira corrente que ganhou força foi a do critério das formalidades. Hauriou, em suas anotações ao arresto *Terrier* do Conselho de Estado da França, concluiu como regra o princípio de que as formas determinam a natureza dos atos praticados pela Administração (ESTORNINHO, 2003, p. 80). Assim, o que diferencia o contrato administrativo dos contratos celebrados pelos particulares são as formalidades a que aquele deve ser submetido; formalidades não exigidas para a celebração de contratos privados.

Esse critério, segundo Estorninho (2003, p. 80), acabou por ser afastado por dois principais motivos: a) celebração de um contrato pela Administração sem a observância das formalidades exigidas não o transformava em contrato privado; b) a exigência de formalidades não é exclusiva dos contratos administrativos. Estão, também, submetidos a determinadas formalidades os contratos de direito privado da Administração, assim como os contratos de direito privado, celebrados por entidades privadas submetidas a controle administrativo.

Ademais, conforme lição de Gabino Fraga (1977, p. 401), as pessoas morais de direito privado também estão submetidas a formalidades previstas na lei, nos atos constitutivos, e nos estatutos sociais, não podendo exercer mais direitos além dos que sejam necessários para alcançar o objeto social, devendo se obrigar somente por meio dos órgãos autorizados.

2.3 CRITÉRIO DOS ATOS DE GESTÃO E DE IMPÉRIO

Esse critério, inicialmente desenvolvido por Laferrière, baseou a distinção entre contratos administrativos e contratos de direito privado na distinção entre atos de gestão e atos de império (DÌEZ, 1963, p. 443).

Na definição de Di Pietro (2007, p. 204), os atos de império são aqueles realizados unilateralmente pela Administração, no exercício do seu poder de império em posição de supremacia perante os particulares, e com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade, regidos por um direito exorbitante do direito comum. Os atos de gestão, por sua vez, seriam praticados pela Administração, em situação de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e gestão dos serviços da Administração.

Os contratos, a partir desses conceitos, são, por excelência, atos de gestão, isto é, atos em que a Administração atua em coordenação com os particulares, desprovida de seu poder de império (ENTERRÍA, 1980, p. 101).

Por esse motivo, essa teoria logo foi abandonada, pois o regime jurídico aplicável aos contratos administrativos outorgava à Administração a prerrogativa de se impor unilateralmente perante o contratado.³ A distinção, assim, não era capaz de explicar o fenômeno dos poderes da Administração no contrato administrativo.

O próprio defensor da teoria, Laferrière, reconhece que determinados contratos não são atos de gestão, senão verdadeiros atos de poder público, aos quais se acrescenta um elemento contratual (ENTERRÍA, 1980, p. 104).

2.4 CRITÉRIO DO OBJETO DE SERVIÇO PÚBLICO

O critério central de delimitação da jurisdição contencioso-administrativa fundado na dicotomia atos de gestão versus atos de império foi gradualmente substituído na França, já no início do século XX, pelo critério substancial do serviço público (ENTERRÍA, 1980, p. 103).

No início do século passado, o conceito de serviço público encontrou grande difusão na doutrina francesa como fundamento e campo de aplicação do direito administrativo, no conceito desenvolvido pela chamada “Escola do Serviço Público”, que se desenvolveu através, principalmente, dos ensinamentos de Jèze, Duguit e Bonnard, seus maiores defensores.

Esse critério é bastante fecundo na jurisprudência do Conselho de Estado francês, iniciado nos arestos *Blanco*, em 1873, e *Terrier*, em 1903, e definitivamente consolidado através do aresto *Bertin*, de 1956 (DÍEZ,

3 Laferrière cita vários contratos que são verdadeiros atos de poder público, entre eles, os contratos de concessão administrativa (ENTERRÍA, 1980, p. 104).

1963, p. 450).⁴ Nos primeiros arestos, o Conselho de Estado exigia, para configurar a existência de um contrato administrativo, dois requisitos: que se referisse à organização e funcionamento de um serviço público e que contivesse cláusulas derogatórias do direito civil. Na decisão do caso *Bertin*, firmou-se o entendimento de que, para configurar um contrato administrativo, bastaria apenas que ao contratado se tivesse confiado a execução direta de um serviço público, sendo desnecessário verificar se o contrato continha cláusulas exorbitantes do direito privado (DÍEZ, 1963, p. 450).

À Administração Pública seria facultado optar pelo modelo contratual a ser adotado (administrativo ou civil) em virtude da necessidade presente no caso concreto, conforme posição firmada no aresto *Société générale d'armements*, julgado pelo Conselho de Estado francês em 23 de dezembro de 1921.

Na lição de Gaston Jèze (1949, p. 321), o contrato administrativo nasce da necessidade de se instituir um regime jurídico contratual, que garanta o funcionamento regular, contínuo, sem interrupção de um serviço público. O regime jurídico imposto à prestação dos serviços públicos impõe ao contratado uma obrigação especial de garantidor da adequada prestação do serviço.

Disse o Comissário de Governo Tardieu, no julgamento do Caso *Compagnie des Messageries Maritimes*, de 29 de janeiro de 1909, que esta especial situação jurídica em que os contratados se inserem, ao se encarregarem de uma missão de interesse geral, lhes impõe um esforço maior para assegurar o cumprimento adequado do contrato que se poderia exigir de um empresário em um contrato privado.

Não foi possível, contudo, estabelecer, através deste critério, quais seriam, em essência, os serviços públicos; e, da mesma forma, quais atividades demandariam ser contratadas por meio dos instrumentos dispostos nos contratos administrativos.⁵

Sayagués Laso (1953, p. 535) adverte que o conceito de serviço público carece de precisão. Não há, como observa Bandeira de Mello (2006, p. 634), uma definição apriorística do que seja serviço público. Serviços públicos são aqueles que uma determinada coletividade politicamente organizada concebe como primordial. E, por essa razão, o Estado assume como pertinente aos seus deveres e concede-lhe, por isso, regime jurídico diferenciado, publicístico, consagrador de prerrogativas

4 No mesmo sentido, vide, também, Escola, Hector Jorge. 1977, p. 49; Dromi, José Roberto, 1973, p. 364.

5 Ademais, adverte Sayagués Laso (1953), não há também acordo sobre o grau de vinculação que deve ter o contratado com o serviço público. Alguns exigem a participação direta e imediata, outros, apenas que se refira à organização, outros ainda exigem que o contratado participe do funcionamento do serviço.

e restrições especiais. É, pois, uma opção política de cada ordenamento jurídico.

O critério desmorona quando se verifica, lembra Garcia de Enterría (1980, p. 108), que é perfeitamente cabível a gestão privada de serviços públicos e também a aplicação de um regime de direito público a atividades que não são serviço público.

2.5 CRITÉRIO DO FIM DE UTILIDADE PÚBLICA

Escola (1977, p. 61) observa que, diante da insuficiência do critério do serviço público, facilmente verificável pelo fato de que alguns contratos tipicamente administrativos não tinham por objeto imediato a prestação de um serviço público, a doutrina formulou critério mais amplo: o objeto de utilidade pública.

De acordo com Bielsa (1964, p. 171), é contrato administrativo o que a Administração celebra com outra pessoa, pública ou privada, e que tem por objeto uma prestação de utilidade pública.

Entretanto, Cirne Lima (2007, p. 24) bem observa: o que identifica todo o direito administrativo como disciplina autônoma é o princípio da utilidade pública. A utilidade pública é a finalidade própria da Administração Pública. É, por isto, justamente, a finalidade de utilidade pública que distingue a relação de administração pública da relação de administração privada.

Em conseqüência, alerta Araújo (2005, p. 35), o Estado, ou quem lhe faça às vezes, sempre agirá para a satisfação de um fim de utilidade pública.

Não apenas todo e qualquer contrato, mas todo e qualquer ato da Administração deve ter por fim uma utilidade pública, prevista em lei, sob pena de desvio de finalidade (art. 2º, e, da Lei nº 4.717/65).

2.6 CRITÉRIO DA NATUREZA JURÍDICA DAS PARTES

Partindo-se desta corrente, o que define a natureza do ajuste é não mais a natureza do objeto, mas das partes envolvidas. Vale dizer, contrato administrativo é todo aquele celebrado por um ente de direito público.

Esta corrente reflete a teoria, hoje superada, de Otto Mayer, segundo o qual administração é sempre atividade desenvolvida pelo Estado. De acordo com o jurista alemão, das duas pessoas de uma relação jurídico-administrativa, uma é sempre pressuposta: o Estado (CIRNE LIMA, 2007, p. 32).

Esse critério é passível das mesmas críticas direcionadas ao critério subjetivo de distinção entre o Direito Público e Direito Privado. De acordo com tal critério, hoje pouco aceito, Direito Público é o que incide sobre a pessoa do Estado. Portanto, sempre e apenas quando o Estado fosse parte na relação, seria aplicado o Direito Público.

Observa-se que, na atualidade, o Estado atua de diversas formas, através de pessoas jurídicas de direito privado, sejam aquelas especialmente criadas pelo Estado (empresas públicas, sociedades de economia mista e consórcios de direito privado),⁶ sejam aquelas contratadas para o desempenho de tarefas de interesse público (concessionários e permissionários), ou, ainda, aquelas que atuam em parceria com Estado (por meio de convênios e instrumentos congêneres).

Diante da titularidade pública dos interesses que tais entidades visam satisfazer, é hoje incontroverso que se lhes aplique, mesmo de forma parcial, o regime jurídico de Direito Público.⁷

Ademais, em países como a Alemanha, por exemplo, aceita-se a celebração de contratos administrativos entre particulares, desde que tenham por objeto poderes ou deveres administrativos.⁸ Sérvulo Correia (1987, p. 413) menciona vários exemplos dessa espécie de contratos administrativos, como o contrato de permuta entre estudantes de universidades diversas.

Segundo Forsthoﬀ (1958, P. 379), é plenamente possível a celebração de contratos administrativos apenas entre pessoas jurídicas de direito privado, pois o que define a natureza do contrato é o conteúdo estipulado, não a condição das partes.

Na França, assevera Rivero (1981, p. 134), o Conselho de Estado admite a celebração de contrato administrativo entre particulares quando uma das partes age como mandatária de uma pessoa de direito público.

6 Poder-se-ia ainda incluir a figura da Fundação de Direito Privado. Porém, a existência desta figura é questão controversa na doutrina nacional. A favor, vide Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 405 e ss. Contra, vide Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2006, p 168.

7 Vide, nesse sentido, Bandeira de Mello, Celso Antônio. *ob. cit.* p. 45. Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *ob. cit.*, p. 413. Carvalho Filho, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 294.

8 A celebração de contratos administrativos entre particulares, entretanto, encontra severa resistência em parte da doutrina. Gabino Fraga (1977. p. 69) é categórico: "Um contrato celebrado entre particulares, com efeito, nunca pode adquirir o caráter de administrativo". No mesmo sentido, vide Marienhoff, Miguel S. *ob. cit.*, p. 46. Sayagués Laso, Enrique, *ob. cit.* p.541 e Escola, Hector Jorge, *Compendio de derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1990, p. 615.

No aresto *Peyrot*, de 1963, admitiu-se a celebração de contrato administrativo entre duas empresas privadas, já que estava vinculado à prestação de um serviço público e havia no contrato celebrado cláusulas exorbitantes do Direito comum (ENTERRÍA e FERNANDES, 1991, p. 611)

Vê-se, portanto, que, conforme lição de Gordillo (2003, p. V-12), o direito administrativo regula a atividade de qualquer órgão ou entidade do Estado quando no desempenho de função administrativa, e, ainda, das pessoas não estatais enquanto no exercício de poderes públicos.⁹ Como adverte Álvarez-Gendín (1958, p. 373), o contrato administrativo se identifica mais pelo fim a que persegue do que pela natureza jurídica dos sujeitos contratantes.

2.7 CRITÉRIO DA RELAÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Apenas será admissível a celebração de contrato administrativo quando o objeto for a regulamentação de uma situação de exercício típico da função administrativa (Estorninho, 2003, p. 101).

De acordo com o § 54 da VwVfG (Lei sobre processo administrativo alemã), a Administração poderia, em determinada situação, em vez de expedir um ato administrativo unilateral, celebrar contrato administrativo para regular uma relação de direito público.

Contudo, a definição do que seja relação de direito público, esbarra no mesmo problema da definição de serviço público. Na ausência de uma definição segura, transfere-se o problema para o ordenamento jurídico: são relações de direito público as relações assim reconhecidas por lei.

Portanto, o que, a princípio, seria um critério material de distinção, transforma-se, diante da indeterminação de um elemento consistente para definição da relação de direito público, em um critério formal, totalmente destituído de conteúdo: pode ser relação de direito público qualquer relação, desde que submetida ao regime jurídico de direito público.

⁹ O autor, entretanto, é contraditório, pois, mais à frente, no capítulo XI de sua obra *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, nega a possibilidade de celebração de contratos administrativos por pessoas não estatais: “É generalizado o ponto de partida de que ao falar de contratos administrativos ou contratos da administração nos referimos como mínimo a contratos celebrados por uma pessoa estatal: a administração nacional centralizada ou descentralizada, mas não pessoas jurídicas não estatais, sejam elas públicas ou privadas. Os contratos que celebram as pessoas públicas não estatais e as pessoas privadas que exercem função pública não devem ser incluídas em dita categoria” (GORDILLO, 2003) (tradução nossa).

2.8 CRITÉRIO DO REGIME JURÍDICO

Para alguns autores, a diferença fundamental entre contrato administrativo e contrato de direito privado assenta-se nos distintos regimes jurídicos a que estão subordinados.

Segundo Fiorini (1968, p. 414), os contratos administrativos estão sujeitos a normas próprias impostas pela natureza organizativa e funcional da Administração.

A essência da continuidade, generalidade e obrigatoriedade das necessidades públicas só podem ser cumpridas por um regime jurídico especial, que outorgue à Administração especiais poderes em relação ao sujeito contratado. Por isso, arremata Fiorini (1968, p. 420), a existência de cláusulas exorbitantes é a consequência, não causa deste regime.¹⁰

Para Díez (1963, p. 453), o critério do regime jurídico é determinado pela existência de cláusulas exorbitantes no contrato administrativo. Essa confusão de critérios, contudo, não nos parece adequada, porque o regime jurídico administrativo se caracteriza não apenas pela existência de cláusulas exorbitantes.

De qualquer forma, o regime jurídico de regulamentação de um determinado fato social é estabelecido em razão de um elemento peculiar do fenômeno regulado. Vale dizer: o regime jurídico é a consequência de determinada nota peculiar do fenômeno a que se aplica e não a causa. Regula-se de tal ou qual maneira um determinado fenômeno, justamente em razão de uma determinada característica que possua.

Por isso, a existência de um regime jurídico próprio aos contratos administrativos, antes de ser a solução da questão, é a razão mesma do questionamento: qual o critério que determina a existência de um regime jurídico próprio aos contratos administrativos.¹¹

2.9 CRITÉRIO ESTATUTÁRIO

O critério estatutário é similar ao critério do regime jurídico, mas com ele não se confunde. Segundo seus defensores, a Administração está sujeita a um regime que lhe é próprio, mas não necessariamente diverso do regime atribuído aos particulares. Rompe-se, assim, com a idéia de exorbitância das normas de direito administrativo frente às normas de

10 No mesmo sentido: Brewer-Carias, Allan R., *op. cit.*, p. 41.

11 Isto, evidentemente, partindo-se do pressuposto de que haveria um regime próprio aos contratos administrativos, distintos do regime geral dos contratos de direito privado. Esta questão não se põe para aqueles que negam a existência do contrato administrativo como categoria jurídica própria.

direito privado.¹² De acordo com Enterría (1980, p. 111), as instituições do Direito Administrativo não necessitam ter uma singularidade radical em confronto com as instituições privadas, ao contrário do que uma (segundo o autor, ingênua) tradição de “autonomia” científica vinha pretendendo.

Conforme lição de Vilhena (2002, p. 45), um estatuto jurídico é, no seu aspecto formal, um conjunto de normas reguladoras de relações sociais determinadas, em apreço a certos princípios e fins específicos; e, no seu aspecto material, compreende as situações jurídicas entrelaçadas, cujos direitos e deveres se compõem para o estabelecimento de certos efeitos uniformes e a afirmação de círculos especiais de tutela jurídica. Por exemplo, pode-se hoje dizer de um estatuto do consumidor, um estatuto dos contratos administrativos, um estatuto do trabalhador, etc.

Esse critério ecoou na doutrina espanhola, através dos ensinamentos de Garcia de Enterría e Tomás-Ramón (1991), que desmistificaram a tão propalada *summa divisio* entre Direito Público e Direito Privado. Os autores demonstraram que os regimes se misturam (ora se aproximando, ora se afastando); não há, dessa forma, uma divisão estanque entre Direito Público e Direito Privado.

Teve, portanto, o mérito de demonstrar que não há, em princípio, nada que impeça a Administração de utilizar os instrumentos de Direito Privado. Peca, entretanto, assim como o critério do regime jurídico, pela abstração. Não se menciona quais seriam os pilares do estatuto; logo, queda sem solução a questão de desvelar o fator de *discrimen* dos contratos administrativos.

2.10 CRITÉRIO DAS CLÁUSULAS EXORBITANTES

Esse critério, explica Enterría e Fernandes (1991, p. 601), tem origem na explicação que se deu em Roma¹³ à autonomia do Direito Público perante o Direito Privado: a existência de cláusulas que exorbitam os modelos previstos no Direito Privado.

12 Rompe-se, assim, com a *summa divisio* entre Direito Público e Direito Privado, duas ordens distintas, impermeáveis, cada qual sendo regulada a sua maneira. Essa concepção, hoje pouco usual, foi inicialmente desenvolvida em Roma e encontrou seu apogeu no modelo do Estado Liberal do século XIX.

13 A dicotomia direito público X direito privado remonta ao Direito Romano, no famoso trecho de Ulpiano (Digesto, 1.1.1.2.): “O direito público diz respeito ao estado da coisa romana, à *polis* ou *civitas*, o privado à utilidade dos particulares” (FERRAZ JÚNIOR, 2007, p. 133).

De acordo com esta corrente, o que distingue o contrato administrativo é a natureza jurídica dos direitos e deveres contratuais (ESTORNINHO, 2003, p. 93).

Em um primeiro momento, a doutrina, seguindo o conceito de Waline, considerou que as cláusulas exorbitantes seriam aquelas que resultariam ilícitas, se dispostas em um contrato privado, por contrariarem a ordem pública (MARIENHOFF, 1966, p. 75). Entretanto, diante da observação de inúmeras disposições contratuais privadas, que estabeleciam poderes “exorbitantes” a uma das partes,¹⁴ Vedel elaborou critério mais brando: as cláusulas exorbitantes seriam aquelas pouco usuais no direito privado (MARIENHOFF, ob. cit., p. 74).

Neste último momento, o critério perde todo o seu valor. Já não é mais o ordenamento quem determina a natureza de uma cláusula, mas a sua maior ou menor utilização pelos contratantes.

De acordo com tal critério, basta verificar as cláusulas do contrato para se distinguir sua natureza jurídica. Entretanto, Marienhoff (1966, p. 51) destaca que o problema se apresenta quando não há cláusulas exorbitantes expressamente previstas no contrato. Nessas hipóteses, seria necessário perquirir a natureza do contrato. Portanto, o critério apresenta-se, de plano, insuficiente.

Ademais, as cláusulas exorbitantes não são apenas aquelas cláusulas que outorgam à Administração prerrogativas e privilégios para consecução dos interesses da coletividade. Segundo Diez (1963, p. 448), essa é uma definição muito estreita, já que a derrogação do direito comum, que constitui a cláusula exorbitante, pode consistir logicamente na referência a um princípio jurídico especial do direito público, sem que tal princípio se refira necessariamente a uma prerrogativa ou privilégio. O regime jurídico administrativo caracteriza-se não apenas pelos privilégios e prerrogativas, mas, também, pelas sujeições impostas à Administração.

3 DA TEORIA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS À LUZ DO REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO

A grande divergência que o debate sobre a natureza dos contratos administrativos tem gerado na doutrina, ao longo dos tempos, indica que a questão não tem sido colocada em seus verdadeiros termos.

¹⁴ No direito brasileiro, são inúmeros os exemplos: o art. 619 do Código Civil, que outorga ao contratante de empreitada a prerrogativa de alterar unilateralmente o projeto da obra; o direito de preferência exercido numa compra e venda (art. 513 do C.C.); o direito de desistência do contrato celebrado fora do estabelecimento comercial (art. 49 da Lei nº 8.078/90).

Inicialmente, há que se estabelecer a premissa de que não há como delimitar os meios de atuação postos à disposição da Administração se não se define os fundamentos de validade do Estado. Os fins que o Estado se propõe a perseguir em um determinado local e em um dado momento histórico condicionam as funções que incumbem à Administração Pública e as respectivas formas de atuação, estruturação e organização adotadas pelas entidades administrativas¹⁵ (FINGER, 2004, p. 59).

O Brasil se constitui como Estado Democrático de Direito, de acordo com a Constituição da República de 1988. No momento de fundação desta nova ordem jurídica, cada cidadão abdicou de seu livre arbítrio, em prol de um Estado fundado na vontade geral. Não se trata de uma faculdade subjetiva (a soma dos desejos de cada um), mas, ao contrário, trata-se, nos termos propostos por Rousseau (1999, p. 92), de um princípio ético objetivo, a vontade geral, que é o bem do todo, é a retidão nas deliberações, realizadas em prol do bem comum, despojadas das paixões e vícios humanos que animam as decisões individuais (KOMPARATO, 2006, p. 249).

Assim, é no documento em que se funda este pacto que estão dispostos os fundamentos, objeto e limite da conduta de cada um dos sujeitos e poderes constituídos.

O administrador, na condição de órgão ao qual se imputa a vontade estatal, nada mais é do que depositário dos bens e interesses postos a sua administração, uma vez que o poder emana do povo, enquanto sociedade organizada, e em seu proveito deverá sempre ser exercido, conforme previsto no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição da República, que consagra o princípio republicano da soberania popular (MORAES, 2003, p. 131).

Os agentes que representam (ou, melhor dizendo, apresentam) o Estado somente podem agir quando autorizados pelo titular do poder, o povo, que manifesta sua vontade através da lei. Sendo a lei o instrumento representativo da vontade popular, apenas a lei pode autorizar o Estado a agir, por meio dos agentes especificamente designados na norma.

Sendo representativa da vontade geral, que é o bem do todo, é a retidão nas deliberações, realizadas em prol do bem comum, a lei estabelece uma finalidade de interesse da coletividade, que fundamenta a ação estatal.

15 Segundo Bielsa (1960, p. 7), "o direito administrativo tem o caráter ou a filosofia do direito constitucional de cada Estado" (tradução nossa).

No moderno Estado Democrático de Direito, o fundamento do Estado é a autonomia humana, isto é, a natural liberdade do homem de se às impor normas. Conforme bem observa Ruy Cirne Lima (2007, p. 43), “a esfera da liberdade individual é um dado anterior ao Estado, sendo a liberdade individual ilimitada em princípio, enquanto é limitado o poder do Estado de nela interferir.”

O Estado, dessa forma, nasce da vontade humana e tem, portanto, a feição e os limites que esta lhe concede. Uma vez que o Estado é constituído com base em um prévio acordo de sujeitos livres e iguais, qualquer diferenciação entre os diversos sujeitos deve ser instituída por lei e sujeitar-se, no seu contexto específico e na sua extensão, ao princípio da proporcionalidade (BINENBOJM, 2007, 155). Sendo a igualdade de todos perante a lei um dos princípios estruturantes da ordem jurídica (art. 5º, CR/88), toda e qualquer desigualdade criada somente se justifica se tiver por fundamento a salvaguarda de outro princípio fundamental da ordem jurídica e, ainda, caso seja proporcional, isto é, idônea, necessária e conveniente para o alcance deste objetivo.

Hartmut Maurer (2001, p. 52), professor da Universidade de Konstanz, na Alemanha, explica que a medida somente é idônea se, no fundo, ela é capaz de alcançar o resultado aspirado; a medida idônea somente é necessária se não estão à disposição outros meios convenientes que prejudiquem menos os afetados e a comunidade; e, a medida idônea e necessária somente é conveniente se ela não está fora da proporção em relação ao resultado aspirado.

A legitimidade de uma medida administrativa, portanto, resulta diretamente não apenas da legitimidade da finalidade a ser alcançada, mas, sobretudo, da legitimidade dos meios de que se utiliza a Administração. Estes meios, decorrentes dos poderes e deveres do Estado, são constitutivamente delineados pelas normas constitucionais, em especial, os direitos e garantias fundamentais do cidadão e as normas estruturantes do regime democrático (BINENBOJM, 2006, p. 144).

A contratação, lembra Lancís y Sanchez (1952, p. 419), é um dos procedimentos que emprega a administração para suprir as necessidades gerais, quando, por diversas razões, não podem ser supridas impositivamente pelo Estado. De fato, nem sempre é possível ao Estado usar seus atributos de soberania e de poder para resolver as necessidades públicas. No âmbito do comércio de bens e serviços, a Constituição da República brasileira consagrou o princípio da propriedade privada e da livre concorrência (art. 1º, IV, 5º, XXII e 170, II e IV).

Portanto, a Administração não pode obrigar unilateralmente o indivíduo a lhe fornecer os bens ou serviços de que necessita para o

desempenho de suas atividades, senão nas hipóteses estritamente previstas na Constituição, a exemplo da requisição administrativa (art. 5º, XXV) ou da desapropriação (art. 5º, XXIV). Nas demais hipóteses, a Administração necessita celebrar um acordo de vontades em que o particular livremente se comprometa a fornecer o objeto solicitado pelo Estado.

Os contratos, desta forma, são os meios que a Administração tem às mãos para se socorrer dos bens, obras e serviços de que necessita e que, contudo, não pode se apropriar impositivamente, sem que haja o consentimento do proprietário. Por isso, se a Administração não pode unilateralmente constranger os particulares a lhe fornecerem os bens e serviços de que necessita, deve oferecer condições de contratação que possibilitem aos eventuais interessados apresentarem a proposta mais benéfica possível para a Administração. Melhor dizendo, deve verificar as reais condições do mercado para optar pelo modelo contratual mais vantajoso, isto é, aquele que consiga atrair o maior número de interessados e que imponha os menores custos possíveis ao contratado, pois o preço cobrado pelo bem ou serviço está diretamente ligado aos custos decorrentes do contrato.

A opção legislativa adotada no Brasil, portanto, peca por querer submeter a um mesmo regime situações completamente distintas e que, por isto, demandam instrumentos contratuais de distintas feições. Peca, sobretudo, por conceder prerrogativas exorbitantes em todos os contratos, ainda que desnecessárias.

Algumas normas que regulam os contratos administrativos, à guisa de preservar o interesse público, têm por efeito funesto, em algumas modalidades de contratação, aumentar os custos decorrentes do contrato, afugentar os fornecedores dos bens e serviços disponíveis no mercado¹⁶, ou, até mesmo, impedir a celebração de determinada modalidade de contrato.

Marçal Justen Filho (2005, p. 531) bem observa que, em algumas hipóteses, a melhor forma de satisfazer determinadas necessidades estatais pressupõe a utilização de mecanismos próprios e inerentes ao regime privado, subordinado inevitavelmente a mecanismos de

¹⁶ Exemplo típico de situação em que o contrato administrativo afugenta os fornecedores é o do contrato de aquisição de combustível para abastecer os veículos da frota da Administração. Uma vez que o preço do combustível está atrelado ao preço do petróleo, que, por sua vez, depende de fatores externos, tais como a produção mundial de petróleo ou a cotação do dólar, enorme é a dificuldade para encontrar quem aceite fornecer o bem por preço fixo e que será pago mensalmente, independente do número de abastecimentos realizados durante o período (é muito comum ocorrer uma grande variação – quase sempre para mais – no preço do combustível entre o período da aquisição e o período do pagamento).

mercado. Nessas hipóteses, as características do mercado conduziriam à impossibilidade de aplicar o regime de direito público, pois isso acarretaria a supressão do regime de mercado que dá identidade à contratação.

4 CONCLUSÃO

A leitura dos princípios vetores do regime jurídico administrativo no Brasil historicamente foi feita com fundamento em teorias de cunho autoritário, que não se coadunam com o Estado Democrático de Direito.

No Brasil, ecoaram fortemente os ensinamentos de Otto Mayer, segundo o qual a nota característica do Estado seria a autoridade, isto é, a capacidade de impor coercitivamente sua vontade sobre os cidadãos (BREWER-CARIAS, 1992).

Verdadeira obsessão se instaurou sob a égide do postulado da supremacia do interesse público, que serviu de fundamento para as prerrogativas e privilégios postos à disposição da Administração Pública, quer para limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do bem-estar coletivo, quer para a prestação de serviços públicos.

Lamentavelmente, com isso relegou-se ao segundo plano o verdadeiro fundamento de existência do Estado, qual seja, a finalidade de bem comum, através da satisfação dos valores e objetivos dispostos na Constituição.

Entre os objetivos fundamentais do Estado brasileiro, encontra-se a prestação de serviços públicos de forma eficiente (art. 37, caput) e econômica (art. 70, caput). Cabe ao legislador ordinário e ao administrador cumprir esse desiderato. Para tanto, devem se valer de instrumentos adequados, que, no mais das vezes, serão os mecanismos próprios e inerentes ao regime privado.

A exemplo da jurisprudência do Conselho de Estado francês no aresto *Société générale d'armements*, deveria o legislador brasileiro ter reconhecido ao Administrador o direito de opção entre o modelo contratual a ser adotado em virtude da necessidade presente no caso concreto.

Assim, o Administrador - de forma devidamente fundamentada, é claro - optaria entre a maneira mais adequada de obter um bem, serviço ou obra no mercado. É desse modo que agem as pessoas naturais e jurídicas no tráfico civil ordinário, e não há razão para tratar o Estado distintamente.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Tomo I. Tradução de Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970.

ÁLVAREZ-GENDÍN, Sabino. *Tratado General de Derecho Administrativo*. Tomo I. Barcelona: Bosch, 1958.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra. *Motivação e Controle do Ato Administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. Tomo II. Buenos Aires: La ley, 1964.

_____. *Compendio de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1960.

_____. *Estudios de Derecho Público*. Tomo I. Buenos Aires: Depalma, 1950.

BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo*. In *Interesses Públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Organizador: Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BREWER-CARIAS, Allan R. *Contratos Administrativos*. Caracas: Jurídica Venezolana, 1992.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

COELHO MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos: doutrina, jurisprudência e legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1987.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2007.

- DÍEZ, Manuel Maria. *Derecho Administrativo II*. Buenos Aires: Bibliográfica Omega, 1963.
- DROMI, José Roberto. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Astrea de Rodolfo de Palma Y Hnos, 1973.
- ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNANDES, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1991.
- ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. La figura del contrato administrativo. *Revista de Administración Pública*. n° 41. Jan/mar 1980.
- ESCOLA, Hector Jorge. *Tratado Integral de Los Contratos Administrativos*. Buenos Aires: De Palma, 1977.
- _____. *Compendio de derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1990.
- ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003.
- FARIA, Edmur Ferreira de. *Curso de Direito Administrativo Positivo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2007.
- FINGER, Ana Cláudia. *O Público e o Privado na Administração Pública. In Cenários do Direito Administrativo. Estudos em Homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- FIORINI, Bartolome A. *Manual de Derecho Administrativo – Primera Parte*. Buenos Aires: La ley, 1968.
- FORSTHOFF, Ernest. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958.
- FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*. México: Porrúa, 1977.
- FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

- GORDILLO, Agustin. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- JÈZE, Gaston. *Principios Generales Del Derecho Administrativo*. Tomo III. Buenos Aires: Depalma, 1949.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2005.
- KOMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- LANCÍS Y SANCHEZ, Antonio. *Derecho Administrativo*. Havana: Cultural S.A., 1952.
- MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1966.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O Contrato Administrativo*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.
- MAURER, Hartmut. *Elementos de Direito Administrativo Alemão*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001.
- MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Buenos Aires: Depalma, 1949, Tomo II.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2003.
- NETTO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Lisboa: Almedina, 1981.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- SAYAGUÉS LASO, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*. Montevideo: 1953.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Contrato de Trabalho com o Estado*. São Paulo: LTR, 2002.