



A NATUREZA JURÍDICA DOS CONTRATOS CELEBRADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

José Sérgio da Silva Cristóvam
josesergio@cmvadogados.com.br

Data: 13.08.2002
Data Publicação: 19.08.2002

A Administração Pública¹, na tentativa de bem satisfazer o interesse coletivo e desempenhar as funções que são inerentes à atividade administrativa, busca “parceiros” que lhe possam auxiliar nesta empreitada, quer fornecendo serviços, quer fornecendo bens, quer realizando as mais diversas obras.

Essa relação jurídica do Poder Público com seus “parceiros” é firmada por meio de contratos, os chamados contratos administrativos, ajustes que a Administração Pública firma com os particulares ou outras entidades administrativas, para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração.

Resta, porém, caloroso embate doutrinário, tanto no âmbito da doutrina nacional, quanto na doutrina alienígena, no que toca à natureza jurídica dos assim denominados contratos administrativos. A discussão, de considerável repercussão prática, pode ser resumida, basicamente, em três correntes distintas: a corrente que nega a existência dos contratos administrativos; a corrente que reconhece como contratos administrativos todos os contratos celebrados pela Administração; e, a corrente que entende existirem os contratos administrativos, com regime jurídico de direito público, e os contratos de direito privado celebrados pela Administração Pública².

Antes, porém, de adentrar no estudo dessas três correntes doutrinárias que discutem a natureza jurídica dos contratos celebrados pela Administração, cabe uma breve análise dos dois princípios basilares e fundamentais ao Direito Administrativo, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e o princípio da indisponibilidade do interesse público.

I – A Idéia de Regime Jurídico Administrativo

Primeiramente cabe ressaltar que os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público são as linhas mestras de toda a ordem normativa administrativa e, quiçá, até do ordenamento público como um todo. Esses dois “super-princípios”³ se constituem, por assim dizer, no norte conformador, orgânico e

¹ A fim de sanar quaisquer confusões, é mister informar que o uso da expressão escrita com letras minúsculas se refere à atividade administrativa, restando a grafia com maiúsculas – Administração Pública – quando alusiva ao conjunto de entidades jurídicas que podem desenvolver a atividade administrativa de interesse coletivo. Neste sentido, o acordo semântico proposto por Marcello Caetano. In. CAETANO, Marcello. Manual de Direito Administrativo. Vol. I, Coimbra: Livraria Almedina, 1991, p. 5-6.

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 11. ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 232.

³ A expressão “super-princípios”, utilizada para destacar os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público, dos demais princípios que integram o regime jurídico administrativo, não quer supor sejam tais princípios valores absolutos, capazes de preponderar sobre quaisquer outros axiomas, independentemente das peculiaridades do caso concreto, quando do surgimento de tensões entre valores jurídicos reconhecidamente válidos por nosso ordenamento normativo. Em verdade, a idéia de sistema normativo e a própria teoria dos direitos fundamentais não comporta a existência de valores absolutos, que em colisão com outros valores, independentemente da situação concreta, sempre preponderam. Neste sentido, o autor alemão Robert Alexy sustenta



sistemático⁴ da disciplina das normas jurídico-administrativas, dando sustentação, unidade e coerência ao que se convencionou alcunhar de regime jurídico administrativo⁵.

A supremacia do interesse público sobre o privado, conforme esclarece Celso Antônio Bandeira de Mello, é princípio que, em última análise, constitui-se em condição de sobrevivência e asseguramento dos interesses dos particulares. Privilegiando-se o interesse da coletividade se está assegurando o interesse individual de cada cidadão⁶.

A idéia de supremacia do interesse público sobre o privado marca, profundamente, todo o regime jurídico administrativo, fazendo-se muito presente na disciplina normativa dos contratos administrativos, como no caso da alteração unilateral dos contratos administrativos, na rescisão unilateral, na fiscalização e na aplicação de penalidades administrativas, nos termos previstos no artigo 58 da Lei nº 8.666/93.

O princípio da indisponibilidade do interesse público é axioma que realiza talvez em maior grau a noção de *res pública*, o bem de todos e de ninguém especificamente, que deve ser zelado pelo Poder Público, sendo, contudo, por ele inapropriável e indisponível. Marca de forma hialina e indiscutível o regime jurídico administrativo, dele decorrendo uma série de outros cânones aplicáveis à disciplina normativa dos contratos administrativos, como os princípios da legalidade, publicidade, impessoalidade, moralidade, etc.

E aí se encontra a mais fecunda discussão acerca da natureza jurídica dos contratos celebrados pela Administração Pública, o delineamento da maior ou menor incidência do regime jurídico administrativo, nesses ajustes que o Poder Público celebra com os particulares ou com outras entidades administrativas, ou até, em alguns casos, o total afastamento desse regime jurídico peculiar.

II – A Natureza Jurídica dos Contratos celebrados pela Administração Pública

A natureza jurídica dos contratos celebrados pelo Poder Público está intimamente ligada à posição que a Administração toma frente aos particulares, na relação jurídica contratual.

Daí entender-se que a Administração Pública, quando realiza um contrato administrativo marcado pelo regime jurídico administrativo, posiciona-se em situação de “verticalidade” perante o particular. Já quando a relação jurídica contratual é marcada pelo regime jurídico privado, a Administração se nivela ao particular, em uma relação jurídica cujo traço distintivo é a “horizontalidade”⁷.

Em um primeiro momento, a doutrina jurídica administrativa negou a própria existência dos chamados contratos administrativos, sob o argumento de que tais contratos não observavam os princípios basilares da teoria contratual, quais sejam os princípios da igualdade entre as partes, da autonomia da vontade e o da observância do pactuado (*pacta sunt*

que a existência de princípios absolutos se mostra desconforme com o próprio conceito de princípios jurídicos. In. ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 92.

⁴ Interessante o estudo de Norberto Bobbio sobre a categoria jurídica “sistema normativo”. Para o autor italiano, o ordenamento jurídico constitui um sistema normativo por que nele não podem coexistir normas incompatíveis, situação que põe em risco a coerência e a unidade do ordenamento. In. BOBBIO, Norberto. Teoría do ordenamento jurídico. 8. ed., Brasília: Universidade de Brasília, 1996, p. 71-81.

⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 12. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 26 e s.

⁶ Idem, p. 30.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Op. Cit., p. 232.



servanda). Nos contratos administrativos tais princípios restariam completamente desrespeitados, já que a Administração ocupa posição de supremacia frente ao particular, não havendo autonomia da vontade, pois que só se pode fazer o que a lei expressamente prevê, nem se podendo assegurar a estrita observância do pactuado, em decorrência da possibilidade de alterações unilaterais dos contratos firmados⁸.

A segunda corrente doutrinária, opondo-se completamente à primeira, veio entender que todos os contratos celebrados pela Administração Pública são contratos administrativos, uma vez que sempre haverá, em maior ou menor grau, a interferência do regime jurídico administrativo, mesmo em contratos tipicamente privados, como no caso dos contratos de locação, seguro, comodato, contratos bancários e financiamentos.

A incidência do regime jurídico administrativo é traço distintivo em todos os contratos celebrados pela Administração, sendo tal assertiva extraída da própria legislação que instituiu normas para licitações e contratos da Administração Pública. O art. 2º, parágrafo único da Lei nº 8.666/93 considera contrato administrativo “todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares”. No mesmo sentido, o art. 62, § 3º, I da Lei nº 8.666/93 regula, expressamente, a incidência do regime jurídico administrativo aos contratos celebrados pela Administração cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por normas de direito privado.

Uma terceira corrente doutrinária, que parece ser a mais difundida na doutrina brasileira, admite a existência dos contratos administrativos típicos e dos contratos de direito privado celebrados pela Administração Pública⁹.

Nos contratos administrativos, a Administração age como Poder Público, com todas as prerrogativas inerentes a sua condição, prerrogativas instabilizadoras da relação contratual, como as chamadas cláusulas exorbitantes do direito comum, poderes que asseguram a supremacia do ente público. Nos contratos de direito privado celebrados pela Administração, o particular deixa a condição de verticalidade em que se encontra nos contratos administrativos, horizontalizando a relação jurídica contratual, não sendo possível a Administração impor desavisadamente suas condições.

Ao que parece, de uma detida análise das três correntes brevemente apresentadas acima, o entendimento que reconhece como contratos administrativos todos os ajustes firmados pela Administração com os particulares guarda maior coerência, se analisado no bojo do estudo do regime jurídico administrativo. Não se pode negar que, em maior ou menor grau, os contratos celebrados pelo Poder Público são marcados pelo regime jurídico administrativo¹⁰.

Ainda que nos ditos contratos de direito privado celebrados pela Administração Pública, inegável se mostra a marca distintiva do regime jurídico administrativo, verticalizando a relação contratual. A própria legislação específica, o artigo 62, § 3º, I da Lei nº 8.666/93, determina a aplicação do regime de direito administrativo aos contratos administrativos cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por normas de direito privado. O conteúdo marcadamente privatista de determinados contratos celebrados pelo Poder Público não têm o condão de lhes esvaziar a preponderante natureza administrativa.

⁸ Idem, ibdem.

⁹ Neste sentido: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Op. Cit., p. 234; e, MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. 24. ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 195.

¹⁰ Neste sentido, o entendimento de Lúcia Vale Figueiredo acerca da natureza jurídica dos contratos celebrados pela Administração Pública, seguindo a posição adotada por juristas como José Roberto Dromi, Agustín Gordillo, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 439.



A maior ou menor verticalização da relação jurídica contratual entre a Administração Pública e os contratados variam conforme a aplicação mais ou menos marcante do regime jurídico administrativo ao ajuste. O certo é que, por conta do regime jurídico administrativo derogatório do regime de direito privado, todos os contratos celebrados pelo Poder Público são contratos administrativos.

III – Referências Bibliográfica

- ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 12. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.
- BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 8. ed., Brasília: Universidade de Brasília, 1996.
- CAETANO, Marcello. Manual de Direito Administrativo. Vol. I, Coimbra: Livraria Almedina, 1991.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 11. ed., São Paulo: Atlas, 1999.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1998.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. 24. ed., São Paulo: Malheiros.

José Sérgio da Silva Cristóvam é bacharel em Direito pela UFSC. Especializando em Direito Administrativo Aplicado pelo CESUSC. Advogado militante em Santa Catarina.

Observação: Texto apresentado como trabalho final da Disciplina de Contratos Administrativos do Curso de Especialização em Direito Administrativo Aplicado do Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina – CESUSC.

Artigo publicado no site **O Neófito – Informativo Jurídico** com autorização do autor e em conformidade com a Lei nº 9.610/98. Por favor, respeite os Direitos Autorais desta obra intelectual. **O Neófito** não se responsabiliza pelas opiniões emitidas e/ou direitos autorais relativos aos artigos assinados. Para maiores informações sobre este texto ou para utilizá-lo, entre em contato com o autor pelo e-mail informado no início do artigo.

Copyright O Neófito 1997-2002