

CONTRATO ADMINISTRATIVO E CONTRATO DE DIREITO PRIVADO CRITÉRIOS DISTINTIVOS¹

Antonio Renato Alves Rainha
Conselheiro do TCDF

INTRODUÇÃO

Como os fundamentos do contrato de direito privado e do contrato administrativo são, na essência, os mesmos e como o tema do nosso trabalho é *“Contratos Administrativos e Contratos de Direito Privado: critérios distintivos”*, e como vamos, inicialmente, analisar o conceito, os requisitos de validade e os princípios básicos do contrato de direito privado para, em seguida, analisarmos o conceito e os elementos do contrato administrativo, de forma a identificar as semelhanças e as diferenças entre ambos.

2. CONCEITO DE CONTRATO (DE DIREITO PRIVADO)

Peço licença para tomar emprestado o seguinte conceito apresentado pela Professora Maria Helena Diniz na obra *“Curso de Direito Civil Brasileiro”*²:

Contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.

Referido conceito, ressalte-se, é um entre muitos que poderiam ser escolhidos e não representa, como é óbvio, o entendimento pacífico e definitivo da doutrina civilista, todavia, parece prestar-se bem ao escopo do trabalho de, ao final, buscar identificar os elementos distintivos entre os contratos administrativos e os contratos de direito privado.

3. REQUISITOS DE VALIDADE DO CONTRATO (DE DIREITO PRIVADO)

A doutrina civilista, no que é seguida pela legislação, aponta, entre outros, os seguintes requisitos de validade do contrato: agente capaz; objeto lícito, possível, certo, determinado ou determinável, e forma prescrita ou não defesa em lei (vide artigo 104 do Código Civil Brasileiro).

¹ Trabalho apresentado no Curso de Mestrado em Direito e Políticas Públicas na Disciplina- Reforma da Administração Pública: Contratos Administrativos, Ceub 2011.

² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 3, p. 24.

A análise de tais requisitos de validade permite concluir que eles possuem três naturezas distintas, ou seja, subjetiva, objetiva e formal.

Vamos, então, analisar separadamente os requisitos de validade de acordo com a sua natureza.

3.1 REQUISITOS DE VALIDADE DE NATUREZA SUBJETIVA

Os requisitos de validade de natureza subjetiva dizem respeito aos sujeitos que vão estabelecer a relação jurídica contratual, isto é, aos contratantes, e são os seguintes:

3.1.1 capacidade genérica para contratar: os contratantes devem estar aptos para assumir, diretamente, direitos e deveres na esfera civil, não podendo, portanto, estar entre aqueles elencados nos artigos 3º (absolutamente incapazes) e 4º (relativamente incapazes) do Código Civil Brasileiro;

3.1.2 capacidade específica para contratar: os sujeitos da relação contratual não devem possuir restrição específica que os impeçam de contratar. Um bom exemplo desta situação é a proibição aos tutores, curadores e testamenteiros de adquirirem os bens confiados à sua guarda ou administração, mesmo que em hasta pública (inciso I do artigo 497 do Código Civil Brasileiro);

3.1.3 o consentimento para contratar deve ser dado de forma livre e consciente, não podendo estar viciado por erro, dolo, coação, fraude, etc., sob pena de nulidade do ajuste;

Ainda quanto ao aspecto subjetivo, por ser o contrato um negócio jurídico bilateral ou plurilateral, exige-se, para a sua formação, o concurso de pelo menos duas pessoas, física ou jurídica.

3.2 REQUISITOS DE VALIDADE DE NATUREZA OBJETIVA

Os requisitos de validade de natureza objetiva dizem respeito ao objeto do contrato e são os seguintes:

3.2.1 o objeto do contrato de ser lícito, ou seja, não pode ser contrário à lei, à moral, à ordem pública e aos bons costumes. Assim, é inválido, por exemplo, o contrato que estabelece o pagamento de determinada quantia em dinheiro (recompensa) em razão do assassinato (homicídio) do desafeto de um dos contratantes;

3.2.2 o objeto do contrato deve ser física e/ou juridicamente possível. Se o objeto for impossível o contrato é inválido;

3.2.3 o objeto deve ser certo, determinado ou determinável: as cláusulas contratuais devem descrever/especificar o objeto de forma que as partes compreendam claramente e sem dúvida a prestação a que estão obrigadas;

3.2.4 o objeto do contrato deve ser capaz de gerar interesse econômico.

Sobre a necessidade do contrato gerar interesse econômico, o jurista italiano Enzo Roppo, na obra "O contrato"³, afirma que *"uma iniciativa que não se configure como operação econômica não pode ser matéria de um contrato, e que, portanto, o contrato opera exclusivamente na esfera do econômico"*.

Sobre o conteúdo econômico do contrato, também vale a pena destacar o entendimento dos civilistas Washington de Barros Monteiro, Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva, no livro "Curso de Direito Civil"⁴, *verbis*:

(...) o objeto do contrato deve encerrar algum valor econômico, capaz de se transformar, direta ou indiretamente, em dinheiro; se não representa um valor, deixa de interessar ao mundo jurídico (...).

O interesse econômico regulado pelo contrato pode ser caracterizado como toda e qualquer circulação de riqueza (aspecto objetivo), independentemente se quem promove essa circulação age com o intuito de se apropriar de bens e/ou valores ou por ideal (aspecto subjetivo).

Um bom exemplo de circulação de riqueza (aspecto objeto) movida por ideal dá-se quando uma obra de arte de propriedade particular, de um artista consagrado e de grande valor econômico, é cedida, por determinado tempo e a título gratuito, para ser exposta em uma universidade, de modo que os professores, estudantes e as pessoas que por ali transitarem possam dela usufruir.

3.3. REQUISITO DE VALIDADE DE NATUREZA FORMAL

No tocante ao requisito formal, tem-se que, atualmente, a regra é a ausência de rigor com relação à forma do contrato. A exigência de determinada forma para a validade do contrato é exceção, que só se impõe quando a lei estabelecer. Um exemplo

³ ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Almedina, 1988. p. 11

⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. MALUF, Carlos Alberto Dabus. SILVA, Regina Beatriz Tavares. Curso de direito civil. 37ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 5, p. 17/30.

de exigência formal para a validade do negócio jurídico (contrato) é a operação de compra e venda de imóvel, que deve ocorrer por escritura pública, conforme determina o artigo 108 do Código Civil Brasileiro, *verbis*:

Artigo 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem a constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.

4. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO CONTRATO DE DIREITO PRIVADO

Grande número de doutrinadores civilistas, entre eles, Arnaldo Wald⁵, Caio Mário da Silva Pereira⁶, Fábio Ulhoa Coelho⁷, Washington de Barros Monteiro⁸ e Maria Helena Diniz⁹, dão destaque aos seguintes princípios básicos que regem o contrato de direito privado: autonomia de vontade, obrigatoriedade, boa-fé e relatividade.

Passemos, então, a analisar sucintamente cada um deles.

4.1 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DE VONTADE

Este princípio informa que os contratantes possuem liberdade para contratar e para estabelecer, livremente, as obrigações e os direitos que lhe convenham. Entretanto, tal princípio, que já teve valor absoluto no início do Século XIX (nascimento do capitalista), foi perdendo paulatinamente a sua rigidez em razão da evolução e da complexidade das relações políticas, econômicas e sociais, especialmente a partir do Século XX.

Atualmente o princípio da autonomia de vontade sofre restrições e limitações de diversas ordens. Muitas vezes não há liberdade nem para decidir se a contratação será realizada ou não, como é o caso, por exemplo, do seguro obrigatório de veículos. Adquirido o veículo, obrigatoriamente o adquirente deve celebrar o contrato de seguro obrigatório.

As restrições também ocorrem no tocante à escolha do outro contratante. Muitas vezes não existe opção e o interessado se vê obrigado a contratar com determinada pessoa (física ou jurídica). Um bom exemplo dessa situação ocorre, por exemplo,

⁵ WALD, Arnaldo. *Direito civil : direito das obrigações e teoria geral dos contratos*. 18ª ed. reformulada. São Paulo : Saraiva, 2009. p. 207/250.

⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 13ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 2009. v. 2, p. 7-48.

⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. 3ª ed. São Paulo : Saraiva, 2009. p. 207-250.

⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. MALUF, Carlos Alberto Dabus. SILVA, Regina Beatriz Tavares v. 5, p.17-30.

⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 22ª ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2005. v. 3, p. 23-51.

quando o fornecimento de energia elétrica para uma certa região seja monopólio de determinada concessionária. Se o interessado em receber o serviço, morar ou tiver uma empresa na região, não terá escolha, ou seja, só lhe restará adquirir os serviços da referida concessionária detentora do monopólio.

Mas as restrições e os limites à liberdade de contratar incidem também sobre o estabelecimento das cláusulas contratuais e sobre o objeto do contrato. Tais restrições/limites são impostos, principalmente, pela Supremacia da Ordem Pública e pela Função Social do Contrato.

A Supremacia da Ordem Pública informa que nenhuma cláusula contratual e nenhum objeto de contrato podem ser estabelecidos ao arrepio da lei, dos bons costumes e dos valores morais.

A Função Social do Contrato, que encontra previsão no artigo 421¹⁰ do Código Civil Brasileiro, visa resguardar na relação contratual, sobretudo, a dignidade da pessoa humana, o progresso social, o equilíbrio das prestações, bem como impedir o abuso do poder econômico e a desigualdade objetiva entre as partes.

Essa intervenção estatal na economia do negócio jurídico do contrato, estabelecendo restrições e limites, é denominada "*Dirigismo Contratual*".

Peço licença para reproduzir a valiosa lição do Professor Caio Mário da Silva Pereira¹¹ para quem:

(...) o Estado tem que intervir na vida do contrato, seja mediante a aplicação de leis de ordem pública, que estabelecem restrições ao princípio da vontade em benefício do interesse coletivo, seja com a adoção de uma intervenção judicial na economia do contrato, instituindo a contenção dos seus efeitos, alterando-os ou mesmo libertando o contratante lesado, por tal arte que logre evitar que por via dele se consuma atentado contra a justiça.

Ainda sobre dirigismo contratual oportuno é o ensinamento de Maria Helena Diniz¹², que assim apresenta seu entendimento:

A expressão dirigismo contratual é aplicável às medidas restritivas estatais que invocam a supremacia dos interesses coletivos sobre os meros interesses individuais dos contratantes, com o escopo de dar execução à política do Estado de coordenar os vários setores da vida econômica

¹⁰ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 3, p. 7/45.

¹² DINIZ, Maria Helena. v. 3, p. 23-51.

e de proteger os economicamente mais fracos, sacrificando benefícios particulares em prol da coletividade, mas sempre conciliando os interesses das partes e da sociedade.

Portanto, o Estado exerce tais limitações à autonomia de vontade dos contratantes com a aprovação de leis e, também, por meio de intervenções judiciais, que podem determinar a revisão de cláusulas, a desoneração de obrigações e até mesmo a nulidade do contrato.

4.2 PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE

O princípio da obrigatoriedade anuncia que as obrigações estipuladas em contrato devem ser cumpridas pelos contratantes, sob pena de execução patrimonial do inadimplente. É o princípio PACTA SUNT SERVANDA: o contrato faz lei entre as partes.

Uma das limitações ao princípio da obrigatoriedade é a cláusula REBUS SIC STANTIBUS (mantidas as situações originais sem alterações substanciais), que no atual Código Civil Brasileiro está consagrada no artigo 478, que anuncia a teoria da imprevisão, *verbis*:

Artigo 478 Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de umas das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para outra, em virtude de acontecimentos extraordinários ou imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Assim, no caso de ocorrer situação extraordinária ou imprevisível durante a execução de contrato de considerável duração, capaz de gerar excessiva onerosidade para uma das partes e exacerbado ganho para a outra, o contratante devedor poderá pedir judicialmente a sua desoneração da obrigação.

Tal situação ocorre também no tocante às relações de consumo, conforme prevê a Lei nº 8.078/1990, especialmente no inciso V do artigo 6^o¹³ e no artigo 51¹⁴, sendo que, nas hipóteses

¹³ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que os tornem excessivamente onerosos;

¹⁴ Art. 51 São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) I - impossibilitem, exonem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos

previstas neste último, conforme afirma a Professora Maria Helena Diniz¹⁵, a desoneração de obrigação não exige a ocorrência de fato extraordinário ou imprevisível.

4.3 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

O princípio da boa-fé orienta os contratantes, na fase de discussão e elaboração das cláusulas, bem como durante toda a execução do contrato, a agirem com lealdade, honestidade e solidariedade um com relação ao outro, buscando sempre o equilíbrio das prestações.

O Professor Fábio Ulhoa Coelho¹⁶ afirma que o que importa para a relação jurídica contratual é a boa-fé objetiva, que é *“representada por condutas do contratante que demonstram seu respeito aos direitos da outra parte”*.

Sobre a boa-fé objetiva que os contratantes devem observar durante toda a vigência contratual, o Código Civil Brasileiro traz regra com a seguinte dicção: *“Art. 422 - os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”*

4.4 PRINCÍPIO DA RELATIVIDADE

Pelo princípio da relatividade os efeitos do contrato, referente às obrigações, não podem ser transferidos à terceiros.

Este princípio, como os demais, também não goza de caráter absoluto, vez que, por exemplo, os herdeiros universais de um contratante, embora não tenham participado da formação do contrato, podem experimentar seus efeitos, todavia, dentro dos estritos limites da herança transmitida.

produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis; II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código; III - transfiram responsabilidades a terceiros; IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; V - (Vetado); VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor; VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem; VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor; IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor; X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral; XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor; XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor; XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração; XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais; XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor; XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.”

¹⁵ DINIZ, Maria Helena. v. 3, p. 23-51.

¹⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. p. 207/250.

Já com relação aos direitos não há obstáculo a que sejam transferidos para terceiros, como é o caso, por exemplo, do seguro de vida celebrado entre o segurado e a seguradora que tem o prêmio destinado a um beneficiário estranho à relação contratual.

5. DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Já foi visto sucintamente o conceito, os requisitos de validade e os princípios básicos do contrato de direito privado, assim, podemos passar a analisar o contrato administrativo.

De início, é bom ressaltar que não é pacífico o reconhecimento da existência do contrato administrativo entre os doutrinadores.

Aqueles que combatem a existência do contrato administrativo apresentam, entre outros, os seguintes argumentos:

- a) as cláusulas contratuais devem ser fruto de ampla discussão e acordo entre as partes, e, no contrato administrativo, de regra, é a Administração que elabora unilateralmente os termos do instrumento contratual;
- b) o contrato não pode ser alterado unilateralmente. Como sabemos, no contrato administrativo, é comum que a Administração, para realizar o interesse público, altere unilateralmente o contrato;
- c) o vínculo contratual pode ser rescindido de acordo com a conveniência das partes. No caso do contrato administrativo o vínculo contratual só pode ser rescindido para atender o interesse público;
- d) no contrato as partes estão em condição de absoluta igualdade, o que não acontece no contrato administrativo, onde a Administração ocupa uma posição de supremacia, vez que a ela cabe zelar pelo interesse público.

Apesar desses argumentos, tem-se que, atualmente, é praticamente tranquilo o reconhecimento da existência do contrato administrativo pela doutrina, até porque, no dia-a-dia, para garantir o seu funcionamento e para prestar os serviços e realizar as obras que a população precisa, a Administração Pública celebra diversos contratos com particulares.

Sobre tal situação Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández¹⁷ asseveram que:

¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. São Paulo : Revista dos Tribunais. 1991. p. 586-635.

(...) a discussão está hoje centrada em se os 'contratos administrativos' são ou não são substantivamente distintos dos contratos civis, não em se são ou não (com exceção aludida sobre a concessão) verdadeiros contratos, que todos o aceitam simplesmente.

Reforçando os ensinamentos dos mestres espanhóis que venho de reproduzir, Floriano de Azevedo Marques Neto¹⁸ afirma o seguinte:

Não é exagero dizer que vivemos uma transformação radical no papel que o instituto contrato cumpre no Direito Administrativo. Desde o final da primeira metade do século passado até os dias de hoje, a ideia de um contrato de que participe o Poder Público percorreu uma longa trajetória, que vai desde a rejeição de que o Poder Público pudesse travar relações obrigacionais com os privados (BANDEIRA DE MELLO, 1979, p. 681; 1967, p. 25 e ss.) até o momento atual, em que se pode falar no contrato como instrumento para exercício das atividades-fim da Administração, e não apenas como instrumento para suas atividades-meio.

Todavia, nem todos os contratos celebrados pela Administração são contratos administrativos. É que vários contratos são regidos, predominantemente, pelo direito civil ou pelo direito comercial, embora a Administração ocupe um dos polos da relação contratual.

Por isso, J. Cretella Junior¹⁹ afirma que há:

(...) dois tipos de contratos celebrados pela Administração: no primeiro, o Estado é locatário de um prédio, no qual passa a funcionar um serviço público; no segundo, o Estado outorga a uma empresa a exploração de serviço público. O primeiro contrato é regido pelo direito civil, o segundo é submetido a normas de direito administrativo. E, em ambos os contratos, a Administração é parte.

Logo, há dois tipos de contrato celebrados pelo Estado, o contrato de direito privado e o contrato de direito público.

Para gerir os serviços públicos as pessoas administrativas são impelidas a celebrar contratos com particulares ou com outras pessoas administrativas.

Celebram-se, nesses casos, ou contratos privados, contratos de direito comum, sujeitos à regras quer do direito civil quer do comercial, ou, então, contratos públicos, contratos administrativos, submetidos a regras que exorbitam do âmbito do direito comum, denegando-o.

Ora, se é admitida a existência do contrato administrativo ao lado do contrato de direito privado, então quais seriam as suas diferenças? Quais seriam as peculiaridades do contrato administrativo?

¹⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Do contrato administrativo à administração contratual*. Revista do Advogado. ano 29. nº 107, dez. 2009. p. 74-81.

¹⁹ CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 18ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 257-268.

Mais uma vez valho-me das preciosas lições do Professor José Cretella Júnior²⁰ que destaca as seguintes características próprias do contrato administrativo:

- a) estão submetidos a um regime autônomo, típico, que exorbita as normas do direito comum;
- b) a Administração ocupa uma posição privilegiada na relação contratual, vez que a ela cabe zelar pelo interesse público;
- c) um dos contratantes é a Administração Pública;
- d) tem por objetivo direto a satisfação de interesse coletivo ou de utilidade pública.

Com base nesses argumentos o festejado mestre conceitua contrato administrativo como *“todo acordo oposto de vontades de que participe a Administração e que, tendo por objetivo direto a satisfação de interesses coletivos, está submetido a um regime de direito público.”*

Citando Lúcia Valle Figueiredo, Romeu Felipe Bacellar Filho²¹ apresenta, ainda, as seguintes características do contrato administrativo que o diferenciam do contrato de direito privado:

- a) a autonomia de vontade do particular está reduzida à formação do vínculo, já que, como se disse, é a Administração que estabelece unilateralmente as regras contratuais;
- b) incidência da cláusula REBUS SIC STANTIBUS como forma de flexibilização do princípio PACTA SUNT SERVANDA;
- c) *ius variandi*: possibilidade da Administração de instabilizar o vínculo para adequar a prestação contratual à necessidade ou ao interesse público;
- d) possibilidade da Administração sancionar e fiscalizar a execução do contrato.

O não menos renomado Professor Marçal Justen Filho, no livro *“Curso de Direito Administrativo”*²², conceitua contrato administrativo em sentido restrito como:

um acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente e em que uma das partes, atuando no exercício da função administrativa, é investida de competências para inovar unilateralmente as condições contratuais e em que se assegura a intangibilidade da equação econômico-financeira original.

Para Justen Filho, a característica que se presta para distinguir

²⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. 257-268.

²¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *O contrato administrativo no Brasil*. Revista do advogado (AAAP), ano 29, nº 107, 2009.

²² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

o contrato administrativo do contrato de direito privado, é que naquele a Administração é titular de prerrogativas extraordinárias, destacando-se as seguintes:

- a) alterar unilateralmente a prestação a ser executada pela outra parte;
- b) exercer fiscalização, inclusive acompanhar diretamente as atividades desenvolvidas pelo outro contraente;
- c) extinguir o contrato unilateralmente, inclusive em virtude de razões de conveniência e oportunidade;
- d) impor sanções ao particular;
- e) ocupar cautelarmente instalações do particular para garantir a continuidade do serviço.

Apresentadas, pois, as posições doutrinárias sobre os aspectos apontados como aptos para diferenciar o contrato administrativo do contrato de direito privado, vamos analisá-los, de per si, para verificarmos se realmente são consistentes as distinções indicadas.

6. CRITÉRIOS DISTINTIVOS ENTRE O CONTRATO ADMINISTRATIVO E O CONTRATO DE DIREITO PRIVADO

6.1 FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO

A Administração fiscaliza a execução do contrato para evitar o desvirtuamento do seu objeto ou até mesmo a inexecução contratual.

Portanto, a fiscalização tem por objetivo assegurar o cumprimento pontual do contrato e é realizada por meio de visitas; verificações de materiais, obras ou serviços; inspeções; vistorias; análises de documentos, etc.

Com a devida vênia dos que pensam de forma diversa, não me parece que a possibilidade de fiscalizar a execução de contrato administrativo possa ser caracterizada como exorbitante em relação ao contrato de direito privado, haja vista que é corriqueiro, por exemplo, o particular que celebra um contrato com uma empreiteira para construir um prédio valer-se de cláusula contratual que lhe permita fiscalizar todas as etapas da obra, incluindo a qualidade dos serviços e dos materiais utilizados.

6.2 IMPOSIÇÃO DE SANÇÕES

Nos contratos administrativos a Administração pode estabelecer sanções ao contratante particular no caso de inexecução contratual, atraso no cumprimento das obrigações ou realização defeituosa do objeto.

Não vejo, na possibilidade de estabelecer sanções pelo descumprimento ou atraso na execução do objeto do contrato, um aspecto exorbitante ao contrato de direito privado, pois nada impede que particulares que celebrem contrato entre si, estabeleçam multa em razão de algum deles não atender devidamente as suas obrigações contratuais.

O aspecto exorbitante com relação ao contrato de direito privado estaria, então, no fato da Administração, diretamente (sem necessidade de acionar o Poder Judiciário), executar a penalidade originada de descumprimento contratual, o que pode ocorrer pelo desconto do valor da garantia ou dos pagamentos ainda devidos, conforme previsto nos §§ 1º e 2º do artigo 86 da Lei nº 8.666/1993.

Todavia, não vejo como tal situação também possa ser considerada exorbitante com relação aos contratos de direito privado, pois nestes também é possível o estabelecimento de cláusula permitindo a um dos contratantes reter o valor da multa aplicada por atraso ou descumprimento contratual dos pagamentos vincendos.

6.3. ESTABELECIMENTO DE REGRAS PARA A CONTRATAÇÃO E DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS

É notório que é a Administração, unilateralmente, que estabelece as regras para a contratação e as cláusulas contratuais, cabendo ao particular, apenas, a liberdade para contratar.

Essa situação tem sido, inclusive, utilizada por aqueles que combatem a existência do contrato administrativo, pois defendem que, sem ampla liberdade (discutir e estabelecer as cláusulas e decidir contratar), não há contrato.

Entretanto, o fato do particular não participar das discussões das cláusulas contratuais não tem o condão de fulminar a existência do contrato administrativo. Sobre esse assunto Edmir Netto Araújo²³ afirma que:

²³ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Do negócio jurídico administrativo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992. p. 176-206.

o posicionamento do Estado em situação de supremacia em um contrato não anula a natureza contratual do ajuste, nem a livre manifestação de vontade do particular contratante, eis que hoje em dia o livre consentimento contratual é entendido como liberdade de contrair ou não o vínculo contratual e ninguém é obrigado, se não quiser, a contratar com o Estado.

Além do mais, o fato de uma das partes da relação contratual estabelecer unilateralmente as cláusulas contratuais não é novidade nos contratos regidos pelo direito comum, vez que nas relações privadas são cada vez mais comuns os chamados "*contratos de adesão*", onde as cláusulas são elaboradas geralmente pela parte mais forte e de acordo com os seus interesses, restando à parte mais vulnerável apenas aderir aos termos do contrato.

Desse entendimento comunga o Professor Fernando Menezes²⁴ quando afirma que "*(...) já quanto à fixação do conteúdo do contrato, isto se dá preponderantemente pela Administração, o que não difere da situação dos contratos de adesão*".

6.4 ALTERAÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO

O *ius variandi* ("*fait du Prince*" ou "*Factum Principis*") é a prerrogativa de que dispõe a Administração de alterar unilateralmente as condições estabelecidas originalmente no contrato.

Tal modificação tem por escopo adaptar o contrato para melhor atender o interesse público.

Saliente-se que, um dos motivos que submete o particular à atender as alterações introduzidas unilateralmente pela Administração, é que ele - o particular - ao aceitar elaborar o contrato administrativo, passa à condição de colaborador da Administração na realização do interesse público.

É bom que se diga que, embora guindado à condição de colaborador da Administração na busca do interesse público, o particular não pode custear com o seu patrimônio as despesas a maior ocorridas em razão das alterações impostas pela Administração. Assim, sempre que as alterações introduzidas trouxerem novas despesas não previstas no pacto original, o contratante particular tem direito ao reequilíbrio econômico-financeiro que lhe assegure a justa compensação.

Sobre a possibilidade de se produzir alterações unilaterais no instrumento contratual, a Professora Maria João Estorninho,

²⁴ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Teoria do contrato administrativo*. São Paulo, 2010, p. 52/98 e 117-152. (Tese de Livre-Docência, USP)

na obra *“Requiem pelo Contrato Administrativo”*²⁵, afirma que tal situação não é novidade também no contrato de direito privado, enfatizando que:

é perfeitamente admissível que as partes convençionem num contrato privado, a atribuição a uma delas do poder de introduzir unilateralmente alterações às cláusulas contratuais e, por outro lado, esse poder de modificação está mesmo previsto pela própria lei civil para uma série de contratos.

Apesar desse entendimento que venho de destacar, referida professora lusitana reconhece que, ao contrário dos particulares que só podem provocar alterações unilaterais em situações especiais, isto é, quando houver previsão expressa no instrumento contratual ou quando lei específica permitir, a Administração *“é sempre dotada desse poder de modificação unilateral”* enquanto responsável pelo interesse público. Comungo integralmente desse entendimento da Professora Maria João Estorninho.

6.5 RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO

A rescisão unilateral do contrato pode ser entendida como a mais radical alteração unilateral e ela ocorre quando a Administração, no curso da vigência contratual, verifica que a continuidade da execução de seu objeto se tornou nociva ou sem utilidade para o interesse público.

Sobre a rescisão unilateral do contrato a Professora Maria João Estorninho apresenta as mesmas observações que teceu no tocante à alteração unilateral, ou seja, que ela também é possível de ocorrer nos contratos regidos pelo direito privado, todavia, de forma especial, isto é, desde que haja previsão em cláusula contratual ou em lei específica. Já no contrato administrativo, para assegurar a realização do interesse público, a Administração dispõe sempre dessa prerrogativa, independentemente da previsão contratual ou de lei específica.

Como dissemos com relação a alteração unilateral do contrato, a diferença entre o contrato administrativo e o contrato de direito privado, no caso da rescisão, é que a Administração, independentemente de cláusula contratual ou de lei específica, pode sempre rescindir o contrato quando o seu objeto passa a ser inútil ou prejudicial ao interesse público.

²⁵ ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra. Almedina. 1990.

7. O ENTENDIMENTO DE JUAN CARLOS CASSAGNE

Juan Carlos Cassagne²⁶ destaca como uma das qualidades do contrato administrativo o fato do particular assumir a posição de colaborador da missão da Administração, entendimento também compartilhado por Marcelo Caetano²⁷, o que garante ao contratante particular, em contrapartida, a intangibilidade de seus direitos econômicos.

Para Cassagne, a principal característica do contrato administrativo que o distingue do contrato de direito privado é que, naquele, a Administração busca a satisfação de um interesse público relevante, de realização imediata ou direta, que se incorpora à finalidade do contrato, projetando-se em seu regime substantivo (*ius variandi*, interpretação, equilíbrio financeiro, etc.). Segundo Cassagne, é esse objeto - realização de interesse público relevante - que tipifica um contrato como administrativo e o diferencia do contrato estabelecido entre particulares e do contrato celebrado pela Administração regido preponderantemente pelo direito privado.

7.1 CRÍTICA DE CASSAGNE SOBRE OS CRITÉRIOS DISTINTIVOS

Apesar de eleger a realização de interesse público relevante como o principal critério diferenciador entre o contrato administrativo e o contrato de direito privado, Cassagne afirma que tal diferenciação é extremamente difícil e apresenta as seguintes críticas aos diversos critérios edificados pela doutrina.

7.1.1. Critério do sujeito do contrato

Segundo Cassagne, a presença da Administração em um dos polos contratuais não é suficiente para qualificar um contrato como administrativo, vez que a Administração pode também celebrar contratos regidos preponderantemente pelo direito privado quando o interesse público que persegue não for relevante.

7.1.2. Critério da Jurisdição

Quanto à jurisdição aplicável, Cassagne afirma que tal critério não é suficiente para a qualificação de um contrato como administrativo, haja vista que a alteração das normas processuais não implica em alteração no regime jurídico substantivo que rego o contrato.

²⁶ CASSAGNE, Juan Carlos. *El contrato administrativo*. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1999, p. 11-39.

²⁷ CAETANO, Marcelo. *Manual de direito administrativo*. 6ª ed. Lisboa : Coimbra ed. 1963, p. 274.

7.1.3. Critério da forma

A forma não se mostra um critério apto a embasar tal distinção, haja vista que, quando a Administração celebra contratos regidos pelo direito privado, podem ser aplicadas as exigências formais típicas do contrato administrativo.

7.1.4. Critério da vontade das partes

Cassagne também não aceita o critério que observa a vontade das partes para definir o regime jurídico do contrato celebrado entre a administração e o particular, vez que tal qualificação depende da finalidade do contrato e não do desejo dos contratantes.

7.1.5. Critério da qualificação legislativa

A observação do item anterior também vale para a lei que estabeleça natureza administrativa a um determinado contrato. Se tal atribuição não for razoável e não estiver em harmonia com a finalidade do contrato a lei poderá ser impugnada.

7.1.6. Critério do serviço público e da utilidade pública

Os critérios que defendem o serviço público e a utilidade pública como qualificadores do contrato administrativo, em que pese a grande força desses argumentos, são também criticados por Cassagne, tendo em conta a amplitude e a imprecisão de tais conceitos.

7.1.7. Critério das cláusulas exorbitantes

O critério que elege as cláusulas exorbitantes como elemento central para caracterizar o contrato administrativo também sofre críticas de Cassagne, haja vista que tais cláusulas podem ser introduzidas em contrato que nada tem de administrativo e nem por isso são capazes de alterar a natureza dele.

Cassagne afirma que não se deve confundir regime exorbitante com cláusula exorbitante. A presença de cláusula exorbitante no contrato depende da vontade das partes (especialmente da Administração). O regime exorbitante não depende da vontade das partes, nem da existência de cláusulas exorbitantes, e se faz presente quando a administração celebra um contrato no exercício de função administrativa própria para atender um interesse público relevante.

Por isso Cassagne afirma que:

Esta postura distingue os contratos administrativos dos contratos da administração regidos pelo direito privado, pois os primeiros tratam de interesse público relevante que reclama um regime jurídico especial, típico do direito público (que não é outra coisa que o denominado regime exorbitante).

8. INTERESSE PÚBLICO RELEVANTE

Como acabamos de ver, Cassagne defende que o principal elemento caracterizador do contrato administrativo é que sua finalidade deve ser a realização de um interesse público relevante.

Todavia, tal entendimento não é pacífico na doutrina, vez que José Cretella Júnior²⁸ entende que a finalidade do contrato é a “satisfação de interesses coletivos”, portanto, embora os termos sejam um tanto quanto imprecisos, “interesse coletivo” é uma expressão onde o caráter público é mais tênue do que “interesse público relevante”.

Miguel Àngel Berçaitz, citado no livro de José Cretella Júnior²⁹, afirma que nem sempre o contrato administrativo tem por objeto uma prestação de utilidade pública e cita como exemplo “o contrato pelo qual se outorga a particular, mediante pagamento de certa soma, mensal ou anual, o direito de instalar ou construir nos passeios da via pública um quiosque para venda de mercadorias, diários, revistas (...)”. Tal contrato, segundo o mestre argentino, embora não tenha por finalidade a realização de um interesse público relevante, também é contrato administrativo regido por regras de direito público.

Portanto, para Berçaitz:

Os contratos administrativos são aqueles que, por sua natureza, são celebrados pela Administração Pública com um fim público, ou que, em sua execução, podem afetar a satisfação de uma necessidade pública coletiva, razão por que estão sujeitos a regras de direito público, exorbitantes do direito privado, que colocam o co-contratante da administração pública numa situação de subordinação jurídica.

CONCLUSÃO

De tudo o que foi analisado resta claro que cada vez aumenta a dificuldade de se apontar diferenças substanciais entre os contratos administrativos e os contratos de direito privado.

²⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. p. 257-268.

²⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. p. 257-268.

Tanto é verdade tal assertiva que Eduardo García de Enterría e Tomás Ramón Fernández³⁰ ensinam o seguinte:

Parece, pois, que pode dar-se por definitivamente liquidada a etapa anterior na que o contrato administrativo e o contrato privado eram considerados como realidades radicalmente diferentes e rigorosamente separadas. No âmbito da contratação dos entes públicos, como em tantos outros, convivem já sem escândalo o Direito Administrativo e o Direito Privado. Qualquer contrato é capaz de refletir elementos de um e de outro, sem que por isso varie a essência do instituto contratual. Ocorre, simplesmente, que em certos contratos diretamente vinculados ao trânsito ou atividade típica do órgão administrativo contratante ('obras e serviços públicos' no mais amplo sentido) os elementos jurídico – administrativos são mais intensos que em outros. (...)

Portanto, com esteio no que foi exposto, pode-se concluir que a distinção entre o contrato administrativo e o contrato de direito privado é que, naquele, para satisfação de interesse público relevante (Cassagne) ou de uma necessidade coletiva (Cretella/Berçaitz), a Administração, por ocupar uma posição de supremacia, mas sempre em harmonia com o ordenamento jurídico, pode valer-se, independentemente de previsão contratual ou da aquiescência do particular contratante, do poder de alterar ou rescindir unilateralmente o contrato (regime jurídico exorbitante).

³⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. p. 586/635.