

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Contratos administrativos:**  
conceito e critérios distintivos  
**Administrative contracts:**  
concept and distinctive criteria

Carlos Bastide Horbach

# Sumário

<b>CRIMES DE RESPONSABILIDADE DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA.....</b>	<b>14</b>
Carlos Ayres Britto	
<b>REFLEXÕES SOBRE O FUTURO DO ESTADO CONSTITUCIONAL MODERNO.....</b>	<b>22</b>
Cesar Luiz Pasold, Gabriel Real Ferrer e Paulo Márcio Cruz	
<b>CONTRATOS PÚBLICOS Y MERCADO GLOBAL: UN ABORDAJE DESDE EL DERECHO ADMINISTRATIVO DEL SIGLO XXI.....</b>	<b>39</b>
Bruno Ariel Rezzoagli	
<b>CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: CONCEITO E CRITÉRIOS DISTINTIVOS.....</b>	<b>53</b>
Carlos Bastide Horbach	
<b>OS INCENTIVOS ECONÔMICOS À COMPRA DE COLHEDORAS PELO PRONAF-MAIS ALIMENTOS PARA OS PRODUTORES DE ARROZ IRRIGADO DO RIO GRANDE DO SUL.....</b>	<b>70</b>
João Mairton Moura de Araújo, Mário Conill Gomes e André Carraro	
<b>LIMITAÇÕES À EXTRAFISCALIDADE APLICÁVEIS AO FATOR ACIDENTÁRIO DE PREVENÇÃO – FAP...84</b>	
Daniel de Magalhães Pimenta	
<b>DESCONSTRUINDO A INEFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS: POR UMA RECONSTRUÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS DEMOCRÁTICA, PARTICIPATIVA E TRANSNACIONAL .....</b>	<b>106</b>
Daniela Lopes de Faria, Christian Norimitsu Ito e Inês Moreira da Costa	
<b>DIREITO PROCESSUAL DE GRUPOS SOCIAIS ATUAL: ENTRE O ATIVISMO JUDICIAL E O GARANTISMO PROCESSUAL .....</b>	<b>125</b>
Jefferson Carús Guedes	
<b>POLÍTICAS PÚBLICAS, MÍNIMO EXISTENCIAL E PODER JUDICIÁRIO: A QUESTÃO DO DIREITO À MORADIA .....</b>	<b>151</b>
Diogo de Calasans Melo Andrade	

**BENEFÍCIOS DE RENDA MÍNIMA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL: ACESSO À JUSTIÇA E INCLUSÃO SOCIAL..... 167**

Pedro Bastos de Souza

**DESENVOLVIMENTO HUMANO SUSTENTÁVEL E ERRADICAÇÃO DA POBREZA EXTREMA: UMA ANÁLISE SOBRE A EXPERIÊNCIA PORTUGUESA ..... 185**

Veyzon Campos Muniz

**A AÇÃO POPULAR AMBIENTAL COMO FORMA DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL NA DEFESA DO MEIO AMBIENTE ....203**

Luciano Marcos Paes e Paulo Roberto Polessio

**DIREITO PENAL AMBIENTAL COMO TUTELA DE SUSTENTAÇÃO À ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA E CIVIL NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E NO JAPÃO ..... 214**

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e Lorena Machado Rogedo Bastianetto

**CONSTRUÇÃO SOCIAL DO PROJETO POLOS DE PRODUÇÃO DE BIODIESEL NO CONTEXTO DO PNPB: UMA ANÁLISE PERCEPTIVA .....230**

Érika Cristine Silva, Maria das Dores Saraiva de Loreto, Haudrey Germiniani Calvelli e Ronaldo Perez

**A CORRELAÇÃO ENTRE DOENÇAS RESPIRATÓRIAS E O INCREMENTO DAS QUEIMADAS EM ALTA FLORESTA E PEIXOTO DE AZEVEDO, NORTE DO MATO GROSSO - AMAZÔNIA LEGAL .....246**

Lilian Rose Lemos Rocha e Christopher William Fagg

**POLÍTICAS PÚBLICAS, AGRICULTURA FAMILIAR E CIDADANIA NO BRASIL: O CASO DO PRONAF ..... 256**

Edir Vilmar Henig e Irenilda Ângela dos Santos

**ATIVISMO JUDICIAL E PROMOÇÃO DA CIDADANIA: DESAFIOS PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS CONSTITUCIONALIZADOS ..... 271**

Gerardo Clésio Maia Arruda, Adriana Rossas Bertolini e Jânio Pereira Cunha

# Contratos administrativos: conceito e critérios distintivos\*

## Administrative contracts: concept and distinctive criteria

Carlos Bastide Horbach\*\*

### RESUMO

O presente trabalho busca conceituar os contratos administrativos, especialmente por meio da análise de seus critérios distintivos.

**Palavras-chave:** Direito administrativo. Contratos administrativos. Critérios distintivos.

### ABSTRACT

This paper intends to conceptualize the administrative contracts, specially by the analysis of its distinctive criteria.

**Keywords:** Administrative law. Administrative contracts. Distinctive criteria.

## 1. INTRODUÇÃO

A Teoria da Ação Administrativa<sup>1</sup>, ao longo de aproximadamente 200 anos de dogmática administrativista, aprofundou o estudo de duas formas centrais de estruturação jurídica do agir administrativo: os atos administrativos, tradicionalmente apresentados como o principal meio de expressão da função administrativa do Estado e os contratos administrativos.

Da mesma forma que os atos administrativos são uma adaptação da teoria civilista dos atos e negócios jurídicos às peculiaridades do direito público<sup>2</sup>, a construção da doutrina administrativista dos contratos administrativos

\* Recebido em 23/10/2015  
Aprovado em 16/05/2016

\*\* Professor Doutor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Doutor em Direito do Estado pela USP, Mestre em Direito do Estado e Teoria do Direito pela UFRGS e Advogado. *E-mail:* carlos.horbach@usp.br

1 Como ensina Eberhard Schmitd-Assmann, “A Administração pública se encarna e se expressa por meio de suas ações, qualquer que seja a forma que possam revestir: atos jurídicos e atuações materiais, planos e instrumentos acessórios, atuações preparatórias e atuações executivas, atuações dirigidas à obtenção de informações e a sua divulgação, medidas unilaterais, por um lado, e convênios e acordos, por outro, atuações da Administração com forma jurídica e atuações informais. Esse conjunto de figuras formam a ‘ação administrativa prática’, composta por todas as atuações imputáveis à Administração, não só as resoluções que a Administração dita unilateralmente, mas também a ação administrativa cooperativa e consensual e sua participação nas atividades de terceiros. É tarefa do direito administrativo sistematizar essa ação administrativa prática para estruturá-la juridicamente” (cf. SCHMITD-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid: Marcial Pons, 2003. p. 287. Tradução livre).

2 HORBACH, Carlos Bastide. *Teoria das nulidades do ato administrativo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 27: “A base dessa formação, portanto, é a teoria dos atos jurídicos lentamente de-

também tem sua matriz no longo e tradicional desenvolvimento da noção dos contratos no direito privado.

Por isso, é imprescindível retomar alguns conceitos básicos do direito civil, para que, a partir desse referencial, o exame dos contratos administrativos seja mais bem fundamentado.

Já no direito romano surge a figura do acordo entre duas ou mais pessoas que pretendem um determinado efeito jurídico, ainda que não houvesse para essa fonte de obrigação um nome técnico ou uma doutrina específica, sendo a questão comumente tratada pelos juriconsultos de Roma sob a denominação de *pactum*, *conventio* ou *contractus*<sup>3</sup>.

Foi Gaio, porém, que estabeleceu a divisão clássica das obrigações entre *ex contractu* – as obrigações derivadas de um contrato e que, em relação à Administração Pública, são objeto deste estudo – e *ex delicto* – extracontratuais oriundas de uma conduta antijurídica e que, projetadas sobre a função administrativa, formam o instituto da responsabilidade extracontratual do Estado. Ulpiano, por sua vez, citando Pedius, fixou a ideia de *contractus habeat in se conventionem*, fazendo com que o contrato não fosse somente uma colaboração exterior entre as partes contratantes, mas também – e principalmente – um acordo de vontades tendente a um fim jurídico.<sup>4</sup>

Nesse quadro, em que os contratos eram uma fonte das obrigações caracterizada por um acordo de vontades tendente a um fim jurídico manifestado numa colaboração exterior, os romanos, no seu pragmatismo jurídico, desenvolveram ainda a noção dos contratos consensuais, nos quais, independentemente de qualquer manifestação exterior – ou seja, sem nenhuma forma previamente estabelecida – o consentimento gerava a obrigação, num movimento que Max Kaser classificou um dos “contributos mais grandiosos e eficazes para a evolução futura do Direito”. Tal evolução fez com que, já no período pós-clássico do direito romano, o consentimento, de acordo com a doutrina oriental, fosse a única causa contratual de obrigações.<sup>5</sup>

Foi a partir dessa concepção romana que o direito ocidental construiu a moderna Teoria dos Contratos, que se reflete no direito civil brasileiro, como é possível verificar na obra de dois de seus autores clássicos – Clovis Bevilacqua<sup>6</sup> e Washington de Barros Monteiro<sup>7</sup> – que, de modo simples, definem contrato como sendo o acordo de vontades que tem por finalidade criar, modificar ou extinguir direitos.

Tal visão do fenômeno contratual pode ser percebida, também, nas disposições do Código Civil brasileiro de 2002, ainda que temperada – como registra Miguel Reale em sua exposição de motivos como supervisor da comissão redatora do código – por elementos como o fim social dos contratos e os valores primordiais da probidade e da boa-fé.

É exatamente tomando como base essa elementar compreensão dos contratos na doutrina civilista – acordo de vontades voltado à realização de um fim jurídico – que será analisada neste artigo a questão do conceito de contrato administrativo, o que se fará com base nas origens da noção e dos critérios distintivos e tendo em vista os mais diferentes aspectos de sua disciplina normativa, como as características consagradas pelo direito administrativo brasileiro.

O pressuposto primeiro para o desenvolvimento de um conceito de contrato administrativo é a constatação – já prenunciada na abertura deste estudo – de que, muitas vezes, em vez de em vez de tomar decisões unilaterais impostas por sua autoridade, no que se caracteriza como sendo o ato administrativo, a Administração atua de forma distinta, buscando a colaboração dos particulares ou mesmo de outras pes-

---

senhvida pela Teoria Geral do Direito Civil, desde os primórdios do direito romano até a era das codificações. As ideias são as mesmas, mas, com o influxo dos princípios do direito público, são conformadas às necessidades típicas da relação de administração, também essa uma mutação da ideia de relação desenvolvida no direito civil, na linha exposta por Ruy Cirne Lima”.

3 KASER, Max. *Direito privado romano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 61.

4 KASER, Max. *Direito privado romano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 224-225.

5 KASER, Max. *Direito privado romano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 227.

6 BEVILACQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*: commentado. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1926. v. 4. p. 245.

7 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: direito das obrigações. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1967. p. 5.

soas administrativas, por meio de vias bilaterais – ou multilaterais – para a consecução do interesse público. Como anota Diogo Freitas do Amaral, “isso significa que, nesses casos, a Administração Pública, em vez de definir unilateralmente a sua vontade, necessita de chegar a acordo com aqueles para constituir, modificar ou extinguir relações jurídicas administrativas”.<sup>8</sup>

A obtenção de um conceito adequado de contrato administrativo – entendido como importante forma de exercício da função administrativa do Estado – não pode prescindir de um exame do movimento específico pelo qual, com base na experiência civilista, o direito administrativo foi delineando a disciplina jurídica dos contratos celebrados pela Administração Pública, indicando suas diferenças em relação ao direito civil.

Novamente se verifica, nessa matéria, o mesmo procedimento de busca de autonomia científica para o direito administrativo verificado na origem e na formação do conceito de ato administrativo, procedimento que pretende demonstrar as razões justificadoras de um tratamento jurídico diferenciado, ou – para utilizar uma expressão típica do estudo dos contratos administrativos – um tratamento exorbitante do direito comum, qual seja, o direito civil.

## 2. ORIGENS DA NOÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO

Tradicionalmente, como ocorre com outros institutos do direito administrativo, o surgimento da noção de contrato administrativo é associado à inovadora jurisprudência do Conselho de Estado, que atingiu seu ápice criativo entre 1870 e meados dos anos 1920.

Entretanto, mesmo antes da moderna doutrina dos contratos administrativos, é possível encontrar exemplos, na Antiguidade até de contratos celebrados entre particulares e o poder público, buscando a realização de um fim coletivo. Já na Babilônia do século XIX a.C. e no antigo Egito, era comum a celebração de espécies de contratos de arrendamento de terras públicas com particulares que, como ensina Jean-Paul Valette, tinham a obrigação de satisfazer determinadas necessidades coletivas.<sup>9</sup>

Era assim, também, com os contratos que, no direito romano, visavam à criação de receitas para o erário e à atribuição do exercício de funções públicas por particulares, havendo multiplicação, já no período da República, das *societas publicanorum*, que atuavam como concessionárias de portos, aquedutos, estradas e outras obras públicas, bem como arrecadavam impostos.<sup>10</sup>

Em Roma, podem ainda ser apontados como precursores dos contratos administrativos os pactos celebrados entre a *civitas* romana e os particulares para arrendamento de terras situadas às margens das estradas e próximas de aquedutos, que eram consideradas de domínio do *populus romanus* tais contratos – considerados como origem do moderno direito de superfície – revertiam em favor da coletividade, uma vez que, mesmo sendo voltados à satisfação de uma necessidade do particular, impunham aos superficiários o cumprimento de obrigações para com o poder público.<sup>11</sup>

Almiro do Couto e Silva mencionam, igualmente, os chamados contratos censórios, por meio dos quais importantes atividades materialmente administrativas eram delegadas, na Roma antiga, aos particulares. Assim, além da arrecadação de impostos antes mencionada, havia, por exemplo, contratos sobre arrendamento de bens públicos, execução de obras públicas ou, ainda, de venda de bens públicos. E registra Couto e Silve que:

Aos contratos que o censor realizava nós hoje os chamaríamos de direito público, porquanto sujeitos a regime totalmente distinto dos contratos de direito privado, sendo ainda as controvérsias porventura

8 AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2001. v. 2. p. 497.

9 VALETTE, Jean-Paul. *Service public à la française*. Paris: Ellipses, 2000. p. 10-11.

10 AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2001. v. 2. p. 499.

11 PUGLIESE, Giovanni. *Istituzioni di Diritto Romano*. 3. ed. Torino: Giappichelli, 1991. p. 493.

deles decorrentes resolvidas, via de regra, pela mesma autoridade que os celebrara: o censor, no uso da sua *cognitio*.<sup>12</sup>

Essa tendência pode igualmente ser observada – como indica Diogo Freitas do Amaral – na Idade Média, quando essas mesmas tarefas públicas eram desempenhadas, em alguns países como a França, pelos particulares, chegando-se até mesmo à execução privada da guerra por empresários nela especializados, os chamados *condottieri*, na Itália.<sup>13</sup>

No Antigo Regime francês, já era possível notar, nos séculos XVII e XVIII, contratos que transferiam para particulares atividades que originariamente pertenciam à Coroa, num processo que, com a Revolução de 1789, ganha novos contornos.<sup>14</sup>

O Estado Liberal que surge no final do século XVIII e no início do século XIX é um Estado mínimo, que reúne funções essenciais, como a garantia da ordem interna, a defesa externa e o desenvolvimento de uma infraestrutura básica. Assim, quando as inovações tecnológicas impõem ao poder público a necessidade do desenvolvimento de grandes obras de infraestrutura – tais como estradas de ferro, iluminação ou transportes coletivos – o Estado, desprovido dos meios materiais para tanto, busca na iniciativa privada, por meio dos contratos de concessão, a consecução dos fins de interesse público que originalmente lhe cabiam.

Espelhando esse movimento, são incontáveis os contratos de concessão, de empreitada e de fornecimento celebrados, no início do século XX, entre a Administração Pública e empresas privadas, que ficaram, desse modo, associadas ao desempenho de funções administrativas. Tais contratos eram regidos pelo direito civil, partindo-se, então, da crença de que particulares e Estado, na sua celebração, colocavam-se em posição de igualdade.<sup>15</sup>

Essa vinculação dos contratos celebrados pelo poder público à doutrina civilista e às normas do direito civil, todavia, começou a ser quebrada por uma série de julgados do Conselho de Estado francês, que identificou nesses pactos traços característicos que os distinguiam, fazendo com que apresentassem um regime jurídico próprio. Nessa série de julgamentos, podem ser mencionados o *arrêt Compagnie Nouvelle du Gaz de Deville-lès-Rouen*, CE 10.01.1902; o *arrêt Terrier*, CE 6.02.1903; o *arrêt Théron*, CE 4.03.1910; o *arrêt Compagnie Générale Française des Tramways*, CE 11.03.1910; o *arrêt Société des Granits Porphyroïdes des Vosges*, CE 31.07.1912; e, finalmente, o *arrêt Compagnie Générale d'Éclairage de Bordeaux*, CE 30.03.1916.

Esses acórdãos assentaram as diferenças entre os contratos privados e os contratos administrativos, firmando a competência da jurisdição especializada administrativa – tendo em vista a adoção em França do modelo do contencioso administrativo – para a apreciação das controvérsias relacionadas aos últimos.

Os efeitos dessas decisões – que repercutiram enormemente na Europa e nos países latino-americanos, formando uma *teoria dos contratos administrativos*, apartada do direito civil – foram assim sintetizados por Diogo Freitas do Amaral: *a)* a Administração Pública celebra, com os particulares, contratos regidos pelo direito civil e outros que são regulados pelo direito público, os contratos administrativos; *b)* esses contratos administrativos têm como diferencial a possibilidade de o conteúdo de suas prestações ser alterado em nome do interesse público; e *c)* essas alterações geram para o contratado a necessidade de manutenção do equilíbrio financeiro do contrato, sob pena de impor ao particular o ônus de realização do interesse coletivo.<sup>16</sup>

Desse modo, a doutrina tradicional do direito administrativo indica que a noção de contrato administrativo surgiu na França, por meio da atividade jurisdicional do Conselho de Estado, que levou em consideração a ideia de que tais contratos eram substancialmente diferentes dos contratos civis, o que justificava a sua

12 SILVA, Almiro do Couto e. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 209, p. 43-70, jul./set. 1997. p. 50.

13 AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2001. v. 2. p. 500.

14 VALETTE, Jean-Paul. *Service public à la française*. Paris: Ellipses, 2000. p. 21.

15 AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2001. v. 2. p. 501.

16 AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2001. v. 2. p. 504.

apreciação pelo contencioso administrativo. Ou seja, a autonomia substancial da matéria ensejou seu tratamento processual diferenciado, retirando-a da órbita de competências dos Tribunais comuns e submetendo-a ao contencioso administrativo, no que se poderia denominar de autonomia processual dos contratos administrativos.

No entanto, é necessário mencionar – ainda que em breves considerações – a teoria apresentada por Maria João Estorninho, para quem o movimento de gênese da noção de contrato administrativo foi exatamente a inversa, com a autonomia processual precedendo a autonomia substancial. Nessa perspectiva, a construção teórica do contrato administrativo e sua caracterização jurídica não passam de uma consequência justificadora de uma atribuição de competência baseada em um acaso qualquer.<sup>17</sup>

Esta é, também, a análise efetuada por Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, para os quais “a distinção contratos administrativos – contratos privados é, pois, exclusivamente em sua origem uma distinção para efeitos jurisdicionais e não substantivos”.<sup>18</sup>

Para a Estorninho, a competência do contencioso administrativo para apreciar as controvérsias envolvendo alguns dos contratos celebrados pela Administração Pública – sua autonomia processual, em outras palavras – tinha justificativas baseadas em referências puramente empíricas, até que ocorreu o que Eduardo García de Enterría chamou de “salto dogmático”, quando a doutrina passou a buscar um critério que embasasse a substantivização jurídico-material da contratação administrativa. Nesse momento, iniciou-se um processo no qual, ao longo de aproximadamente de cem anos, a Teoria do Contrato Administrativo teria estado a procurar um “critério mágico” que permitiria a inequívoca distinção dos contratos administrativos ante os privados.<sup>19</sup>

Muitos foram os critérios fixados para justificar a existência autônoma dos contratos administrativos, podendo ser enquadrados em dois grandes grupos: *a) critérios substanciais*, que indicariam as características intrínsecas do contrato, determinando sua natureza jurídica e, conseqüentemente, o regime jurídico aplicável, civil ou administrativo; e *b) critérios formais*, segundo os quais o elemento fundamental para a qualificação é a norma jurídica aplicável.<sup>20</sup>

Os traços marcantes do regime jurídico dos contratos administrativos, apontados no trecho antes citado de Diogo Freitas do Amaral, são realçados por esses diferentes critérios adotados pela doutrina e pelos ordenamentos jurídicos para o reconhecimento de sua autonomia em relação aos contratos disciplinados pelo direito civil. O exame de tais critérios, pois, tem importância significativa para a conceituação dos contratos administrativos.

### 3. CRITÉRIOS DISTINTIVOS

Os critérios distintivos dos contratos administrativos são os elementos de sua conformação jurídica que ensejam um tratamento normativo diferenciado em relação aos contratos privados; ou, em outras palavras, tais critérios são a razão de ser de uma categoria jurídica autônoma denominada “contrato administrativo”.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, assim, sistematiza os critérios normalmente apontados para distinguir os contratos administrativos dos contratos de direito privado; *a) critério subjetivo* ou *orgânico*, segundo o qual o contrato administrativo seria aquele formado numa relação de subordinação, isto é, numa relação jurídica na qual a Administração Pública se apresenta com poder de império, com autoridade em relação ao contratado,

17 ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990. p. 23.

18 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 8. ed. Madrid: Civitas, 1998. v. 1. p. 676.

19 ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990. p. 35; 37.

20 ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990. p. 74.



deixando de lado a igualdade típica das contratações privadas – é o que a doutrina estrangeira chama de *critério da sujeição*, reservando a expressão “critério orgânico” para indicar a necessidade de estar presente, na relação contratual, a Administração Pública; *b) critério do objeto*, que estabelece serem administrativos os contratos voltados à organização e ao funcionamento de serviços públicos, de atividades típicas da Administração Pública; *c) critério da finalidade*, pelo qual os contratos celebrados com uma finalidade de interesse público são administrativos; *d) critério do procedimento*, que faz com que sejam administrativos os contratos para cuja celebração é necessária a observância de determinadas formalidades, não verificadas nos contratos privados; *e) critério das cláusulas exorbitantes do direito comum*, para o qual as estipulações de poderes especiais na relação contratual, em favor da Administração Pública, são o traço caracterizador do contrato administrativo.<sup>21</sup>

Desses referenciais distintivos, para fazer uso da classificação proposta por Maria João Estorninho entre formais e substanciais, os critérios subjetivos, da sujeição, do objeto, da finalidade são substanciais; enquanto os critérios do procedimento e das cláusulas exorbitantes são formais, ainda que, inicialmente, esse último tenha pretendido expressar elementos intrínsecos da contratação administrativa.<sup>22</sup>

É importante registrar, ainda, que existe uma relação direta e necessária entre os critérios de autonomia do contrato administrativo e os elementos caracterizadores do próprio direito administrativo, como sublinha Sérvulo Correia<sup>23</sup>:

Esse critério de fundo não pode ser outro além daquele que sirva para identificar os institutos e as normas do próprio Direito Administrativo, já que a natureza administrativa do contrato advém da virtualidade que este possui de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas de direito administrativo. Não é, pois fruto de coincidência a correlação que se pode constatar entre os polos das várias doutrinas que pretendem encontrar o fundamento da especificidade do contrato administrativo e os critérios usados para singularizar o Direito Administrativo: a sujeição do particular, o objeto, o fim e o estatuto privativo da Administração Pública.

Esses critérios serão a seguir analisados, para que se possam fixar, com clareza, quais são os traços marcantes que devem, necessariamente, constar de uma conceituação de contrato administrativo.

### 3.1. Critério subjetivo ou orgânico

Será analisado neste artigo o critério subjetivo ou orgânico como sendo aquele que determina serem administrativos os contratos em que figurar como parte da Administração Pública, analisando-se o que Maria Sylvia Zanella Di Pietro denomina como o critério subjetivo ou orgânico no próximo item, no qual será examinado o critério da sujeição.

A adoção do critério subjetivo leva à conclusão de que basta a presença da Administração Pública num dos polos da relação jurídica contratual para que seja o contrato dela decorrente um contrato administrativo. O contrato é, portanto, administrativo se uma das partes for uma pessoa coletiva pública no exercício da função administrativa do Estado.<sup>24</sup>

Esse referencial caracterizador dos contratos administrativos nega uma distinção amplamente aceita pela doutrina brasileira, qual seja, aquela que separa os contratos privados da Administração Pública dos contratos administrativos propriamente ditos, sendo essas duas modalidades contratuais espécies do gênero contratos da Administração.

Essa distinção, aliás, está – como anteriormente visto – na gênese da noção de contrato administrativo, que se separou, num lento processo, dos contratos privados celebrados pela Administração Pública. O

21 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 235.

22 ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990. p. 75.

23 CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 362.

24 RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981. p. 133.

módulo contratual da Administração Pública – como denomina Odete Medauar – compreende os contratos administrativos clássicos, regidos pelo direito público, e os contratos regidos parcialmente pelo direito privado, como a locação em que o poder público é o locatário, os quais não são administrativos, apesar de contarem com a Administração como sujeito da relação jurídica.<sup>25</sup> Exposições semelhantes fazem José dos Santos Carvalho Filho<sup>26</sup>, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>27</sup> e Maria Sylvia Zanella Di Pietro.<sup>28</sup>

Ou seja, a simples presença da Administração Pública num dos polos da relação contratual não é elemento suficiente para estabelecer a existência de um contrato administrativo, uma vez que contratos há em que o poder público se submete ao regime contratual comum, disciplinado pelo direito civil.

O critério subjetivo ou orgânico, entretanto, tem se apresentado em diversos ordenamentos como uma *conditio sine qua non* da existência de um contrato administrativo; isto é, ainda que necessários outros elementos para fixar a natureza administrativa de um contrato, a presença da Administração Pública – em suas mais diferentes conformações jurídicas – na relação é o traço sem o qual não se tem um contrato administrativo.

É isso que se dá na Espanha, como anotam Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández<sup>29</sup> e na França, onde o Conselho de Estado entende que a presença da Administração é condição necessária para a caracterização da natureza administrativa de um contrato, ainda que a jurisprudência reconheça, excepcionalmente, com base na ideia de mandato, a possibilidade de contratos administrativos celebrados exclusivamente entre privados, um dos quais mandatário da Administração Pública, como decidido no *arrêt Société Ansaldo Industria et SA Bouygues* – CE 17.12.1999.<sup>30</sup>

No Brasil, como será adiante estudado com maior vagar, o critério subjetivo também atua como requisito necessário e primeiro, ainda que não exclusivo, para a identificação dos contratos administrativos, como parece exsurgir do regime fixado pela Lei nº 8.666/93.

### 3.2. Critério da sujeição

O critério da sujeição ressalta a posição de subordinação em que se encontra o contratado na relação jurídica em que figura a Administração Pública. O contratado, portanto, apesar de colaborador na consecução do interesse público, encontra-se numa relação especial de sujeição. Como registra Marcello Caetano, ainda

Que a relação jurídica nasça de um acordo, trata-se de criar uma relação de subordinação cuja sequência depende da vontade preponderante de um dos sujeitos que pode modificar substancialmente o respectivo objeto.<sup>31</sup>

Ao contrário do que se poderia de início imaginar “o critério da sujeição não é uma nova versão do critério dos sujeitos mas sim, pelo contrário, é um critério que parte do objeto do contrato para efeitos de sua qualificação”.<sup>32</sup>

O objeto do contrato administrativo seria a associação duradoura entre Administração e contratado para a realização do interesse público, o que faz com que o particular a ele se sujeite como se um ente administrativo fosse. E, como o poder público não pode por meio do contrato desonerar-se do dever de buscar a realização do interesse público, impõe-se o reconhecimento de uma sujeição do particular em relação à Administração Pública para que ela possa continuar a zelar pelo interesse público,

25 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 208.

26 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007. p. 159-160.

27 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 439-440.

28 CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 233.

29 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 8. ed. Madrid: Civitas, 1998. v. 1. p. 687.

30 LONG, Marceau et al. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 15. ed. Paris: Dalloz, 2005. p. 569.

31 CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1997. t. 1. p. 576.

32 ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990. p. 91.

[...] vigiando a execução do contrato, não com a simples preocupação de salvaguardar um interesse pessoal mas com empenho de que se satisfaçam os interesses transpessoais que a lei a incumbiu.<sup>33</sup>

Em outras palavras, se – de acordo com o critério da sujeição – a Administração Pública se apresenta perante o contratado com autoridade, com o chamado poder de império, isto ocorre por força do interesse público em cujo influxo se estrutura a relação de administração materializada no contrato administrativo.

Entretanto, como assevera José Manuel Sérvulo Correia, “o critério da sujeição não basta para qualificar os contratos porque o Direito Administrativo se não esgota em relações de sujeição”; e continua afirmando que

Nos nossos tempos, não envolve o exercício de poderes de autoridade sobre os administrados o desempenho de muitas tarefas da administração de prestação, mesmo quando se processa no âmbito de normas jurídicas distintas daquelas que regem as relações indiferenciadas.<sup>34</sup>

As modernas alterações sofridas na própria concepção da função e da atividade administrativa – abertas que estão à consensualidade – tornam inadequado o critério da sujeição.<sup>35</sup>

### 3.3. Critério do objeto

Trata-se de critério tradicional na jurisprudência e, em relação às doutrinas francesas, utilizado, por exemplo, no *arrêt Terrier*, de 1903, que é considerado por Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández como o marco criador da figura dos contratos administrativos.<sup>36</sup> Segundo tal critério, o contrato é administrativo quando tem por objeto ajudar no funcionamento de um serviço público, como resume Jean Rivero.<sup>37</sup>

Por meio desse precedente, o Conselho de Estado francês passou a incorporar a suas competências o contencioso contratual das administrações locais, sob o seguinte argumento:

[...] tudo o que concerne à organização e ao funcionamento dos serviços públicos propriamente ditos, gerais ou locais, constitui uma *operação administrativa*, que é, *por sua natureza*, do domínio da jurisdição administrativa [...] Todas as ações entre pessoas públicas e terceiros ou entre essas pessoas públicas entre si, e fundadas na execução, na inexecução ou na má execução de um serviço público são da competência administrativa.<sup>38</sup>

Desse modo, como o contrato submetido à apreciação do Conselho dizia com a execução de um serviço público, era um contrato administrativo.

Entretanto, nesse julgado, ainda há relação com o critério da sujeição, uma vez que é o *arrêt Terrier* que consagra modernamente na jurisprudência do Conselho de Estado a distinção entre atos de gestão e atos de autoridade, sendo estes a regra e aqueles a exceção e estando respectivamente submetidos aos regimes de direito privado e direito público.<sup>39</sup>

É com o *arrêt Thérond*, de 1910, que o *critério do objeto* de serviço público vai se apresentar como exclusivo, independentemente da ideia de atos de autoridade: todo o ato editado com um objetivo de interesse geral é de competência administrativa, em especial, todos os contratos celebrados pela Administração Pública com tal objetivo são contratos administrativos. E o aresto é claro nesse sentido:

[...] a cidade de Montpellier agiu em vista da higiene e da segurança da população e pelo objetivo de assegurar a prestação de um serviço público; assim, as possíveis dificuldades resultantes da inexecução

33 CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1997. t. 1. p. 183.

34 CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 365-366.

35 ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990. p. 93.

36 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 8. ed. Madrid: Civitas, 1998. v. 1. p. 677.

37 RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981. p. 135.

38 LONG, Marceau et al. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 15. ed. Paris: Dalloz, 2005. p. 73-74.

39 LONG, Marceau et al. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 15. ed. Paris: Dalloz, 2005. p. 75.

ou da má execução desse serviço são de competência do Conselho de Estado.<sup>40</sup>

Tal como se dava com o conceito de direito administrativo da Escola do Serviço Público, que padecia com a imprecisão da própria noção de serviço público, esse critério para a identificação dos contratos administrativos sofre do mesmo mal.

Há muito se afastou a doutrina do compreensivo conceito de serviço público que se depreendia da obra de Leon Duguit, para quem essa categoria do direito administrativo englobava as atividades estatais como um todo.<sup>41</sup> Atualmente, com a redução do alcance desse conceito, a moderna jurisprudência dos ordenamentos que adotam tal critério – em especial a França – tornou-se casuística, determinando, de forma empírica, o que é e o que não é serviço público e, em consequência, que matérias são objeto de contratos administrativos ou de contratos privados da Administração Pública.<sup>42</sup>

Esse movimento é descrito com precisão por José Manuel Sérvulo Correia:

[...] [embora] a ideia de “serviço público” tenha desempenhado um papel historicamente relevante como noção explicativa em torno da qual se pôde ordenar um Direito Administrativo apropriado à intervenção do Estado nos domínios econômico e social, a sua fragilidade não tardou em revelar-se, demonstrando os riscos de procurar delimitar o âmbito do Direito Administrativo com recurso a uma base material e orgânica de evolução imparável. O esclerosamento do critério desamparou a jurisprudência, que, em muitos casos, passou a usá-lo, mais como fórmula ritual do que como juízo lógico, ou a substituí-lo pela constatação da vigência de um regime administrativo desacompanhado de razão justificativa. A isso se reduz afinal o emprego do critério das “cláusulas exorbitantes”.<sup>43</sup>

Esse critério das cláusulas exorbitantes será adiante analisado.

### 3.4. Critério da finalidade de interesse público

Segundo o critério da finalidade de interesse público, um contrato será administrativo sempre que tiver como fim a realização de uma necessidade coletiva, cuja concreção esteja a cargo da Administração Pública. Cuida-se, aqui, de uma extensão do critério do objeto de serviço público, que igualmente pretende se afastar da polêmica conceitual que assola essa tradicional noção do direito administrativo francês.<sup>44</sup>

A crítica que normalmente faz a doutrina a esse critério liga-se ao fato de que a função administrativa do Estado sempre deve buscar o interesse público, como fixa o próprio princípio da finalidade antes estudado. O exercício da função administrativa pressupõe, pois, a realização concreta do interesse público.

Dessa constatação duas consequências podem surgir: ou todos os contratos celebrados pela Administração Pública são administrativos, porque sempre deverá ela buscar o interesse público – e aqui este critério enfrentaria as mesmas objeções que o critério orgânico ou subjetivo; ou então este critério não é idôneo para a caracterização definitiva dos contratos administrativos, como parece acreditar Maria Sylvia Zanella Di Pietro.<sup>45</sup>

Todavia, a doutrina portuguesa – de que é exemplo Sérvulo Correia – assinala que esse fim de interesse público que caracteriza os contratos administrativos deve ser a consequência imediata, atual e necessária da execução do pactuado, caso contrário estar-se-ia diante de um contrato privado. “As prestações a que o contrato obriga deverão possuir”, portanto,

40 LONG, Marceau et al. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 15. ed. Paris: Dalloz, 2005. p. 128.

41 DUGUIT, Léon. *Manual de derecho constitucional: teoria general del estado, el derecho y el estado, las libertades publicas*. Granada: Comares, 2007. p. 64.

42 ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990. p. 90.

43 CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 359.

44 ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990. p. 83.

45 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 235.

[...] aptidão ou capacidade para satisfazerem imediatamente necessidades colectivas determinadas. A expressão contém uma ideia de proximidade finalística e não de proximidade cronológica. Haverá utilidade imediata quando a comunidade possa se beneficiar diretamente dos serviços prestados.<sup>46</sup>

Ocorre, porém, que mais uma vez a aplicação exclusiva desse critério não permite uma configuração definitiva da natureza dos contratos administrativos e de sua autonomia em relação aos contratos privados, de modo que se pode aceitar a necessidade de realização de um interesse público como mais um elemento no processo de conceituação de tais fenômenos jurídicos.

### 3.5. Critério do procedimento

Por esse critério, o traço distintivo dos contratos administrativos é a necessidade de observância de determinadas formalidades – como a necessidade de licitação, por exemplo – que não são exigidas nos contratos privados. Os procedimentos contratuais, assim, indicariam a diferença entre um e outro tipo de contratação.

Esse padrão distintivo, porém, além de ressaltar característica que não está na essência dos contratos administrativos, mas sim numa exigência que lhes é exterior, não pode ser aceito por duas razões básicas, quais sejam: *a)* a aceitação de que a ausência de certas formalidades não retira do contrato sua natureza administrativa, se foi celebrado como tal; *b)* a verificação que também muitos dos contratos típicos do direito civil exigem formalidades previstas em lei, o que não os transforma em administrativos.<sup>47</sup>

Ademais, a casuística da jurisprudência do Conselho de Estado – berço da noção de contrato administrativo, como antes visto – admite a existência de contratos administrativos verbais, como assentado no importante *arrêt Epoux Bertin* – CE 20.04.1956, por mais “insólita” que possa parecer essa hipótese, como registrado por Marceau Long.<sup>48</sup>

Os contratos administrativos seguem, sim, formalidades especiais, mas não são essas formalidades que moldam sua natureza especial. Na verdade, elas se impõem exatamente porque são administrativos os contratos e a ação da Administração Pública deve seguir determinadas exigências para a realização dos princípios do direito administrativo, como a legalidade e a impessoalidade, entre outros.

### 3.6. Critério das cláusulas exorbitantes do direito comum

O critério das cláusulas exorbitantes leva em consideração o regime jurídico aplicável à contratação levada a cabo pela Administração Pública. Se o contrato se dá seguindo as normas comuns do direito privado, sem nenhum traço discrepante na sua disciplina jurídica, o contrato é privado. Se o regime jurídico apresenta um conteúdo que extrapola o comum – tal como regido pelo direito civil –, o contrato é administrativo.

Esse critério é, na verdade, um desdobramento de outros já examinados, como o critério da sujeição e o critério do objeto de serviço público. Isto porque, na evolução da Escola de Bordeaux, Gaston Jèze, seguindo os passos de Duguit, desenvolveu a Teoria do Regime Jurídico de serviço público, que seria a essência do direito administrativo.

Nessa perspectiva, o direito administrativo se caracteriza como sendo o direito especial do serviço público. Um direito composto por regras exorbitantes do direito comum, o direito civil, que surgem e se impõem por e para a gestão dos serviços públicos. Os contratos celebrados com o intuito de promover a gestão desses serviços – fundamentais para o desenvolvimento da interdependência social – afastariam a igualdade típica dos contratos privados, já que a Administração, na busca do interesse público, adquiriria uma posição

46 CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 382.

47 ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990. p. 80.

48 LONG, Marceau et al. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 15. ed. Paris: Dalloz, 2005. p. 485.

de supremacia na relação contratual; posição que se expressa concretamente por meio das cláusulas exorbitantes.

A singularidade do contrato administrativo – como asseveram Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández – seria definida exatamente pela extrapolação dos modos contratuais privados, no que se chama de “cláusula exorbitante”. “O contrato administrativo seria um contrato em que estão presentes cláusulas ou conteúdos contratuais dessa natureza, não explicáveis a partir do direito comum das obrigações”.<sup>49</sup>

O critério em questão foi reconhecido pelo Conselho de Estado francês no *arrêt Société des Granits Porphyroïdes des Vosges* – CE 31.07.1912, que – superando o já mencionado *arrêt Thérond* e em parte retornando à distinção entre gestão pública e privada referida no *arrêt Terrier* – assentou não ser necessário para a caracterização de um contrato como administrativo o objeto de serviço público, mas sim a existência de uma natureza própria, expressa por meio das cláusulas exorbitantes.<sup>50</sup>

Exemplos de cláusulas exorbitantes – que podem constar cumuladas ou isoladas num contrato administrativo – são dados pela jurisprudência administrativa francesa, como a que confere o poder de rescisão unilateral em favor da Administração Pública, ou a que lhe dá a faculdade de controle sobre a execução do contrato; e também cláusulas que dão poderes especiais ao contratado, como o de cobrar, dos administrados, determinadas tarifas ou taxas.<sup>51</sup>

A primeira questão que exsurge da aplicação do critério das cláusulas exorbitantes é exatamente a de como identificá-las: quando, afinal, uma cláusula é derogatória do direito comum? Essa pergunta – como confessa Rivero – é de difícil resposta, já que:

[...] o direito civil consagra o princípio da liberdade contratual, autorizando as partes a adoptar as cláusulas mais variadas. São certamente derogatórias as cláusulas que excedem essa liberdade e que por isso mesmo são insusceptíveis de figurar num contrato entre particulares, por contrárias à ordem pública. Por vezes consideram-se como tais as quem na prática, não são normais nas relações privadas, porque respondem a preocupações de interesse geral, estranhas aos particulares.<sup>52</sup>

Todavia, não se pode negar que essa identificação formulada por Rivero é bastante ampla, pouco esclarecendo, de modo objetivo, quais são as cláusulas exorbitantes. Essa dificuldade na definição das cláusulas exorbitantes é o principal fator de desprestígio desse critério a elas vinculado, como registra Maria João Estorninho.<sup>53</sup>

A evolução natural desse critério foi a consagração, pelo Conselho de Estado, do chamado regime jurídico exorbitante, pelo *arrêt Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant* – CE 19.01.1973. sse julgado alarga consideravelmente o critério das cláusulas exorbitantes para realçar o regime exorbitante no qual o contrato é celebrado.<sup>54</sup>

Esse regime exorbitante, que pode decorrer tanto das próprias cláusulas derogatórias do direito comum, como de regras estabelecidas nos textos legais ou mesmo ainda de orientações depreendidas da jurisprudência; é caracterizado por dois traços essenciais: *a)* a existência de prerrogativas, em favor da Administração, ligadas ao interesse público, que quebram a igualdade natural dos contratos privados; e *b)* a verificação de limitações à liberdade contratual, que limitam a atuação do poder público.

O regime dos contratos administrativos afasta-se pois do regime comum dos contratos, tanto pelas prerrogativas que consagra em benefício da Administração, como pelas sujeições que lhe impõe.<sup>55</sup>

49 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 8. ed. Madrid: Civitas, 1998. v. 1. p. 677-678.

50 LONG, Marceau et al. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 15. ed. Paris: Dalloz, 2005. p. 152.

51 LONG, Marceau et al. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 15. ed. Paris: Dalloz, 2005. p. 153.

52 RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981. p. 136.

53 ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990. p. 94.

54 LONG, Marceau et al. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 15. ed. Paris: Dalloz, 2005. p. 153.

55 RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981. p. 137-138.

A adoção desse critério do regime exorbitante – e mesmo de sua versão mais abstrata, o critério do ambiente exorbitante – leva, segundo Maria João Estorninho, ao necessário reconhecimento de que a determinação da natureza administrativa de um contrato se dá por meio de aspectos que lhe são exteriores, num movimento que acaba por se resumir à determinação legal:

[...] existe uma mudança radical de perspectiva, pois o contrato deixa de ser considerado administrativo devido à natureza jurídica dos seus elementos essenciais – sujeitos, fim ou objeto – mas sim porque o legislador o sujeita a um regime jurídico especial.<sup>56</sup>

#### 4. O CRITÉRIO DISTINTIVO NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

Inicialmente, é importante ressaltar que nenhum desses critérios, por si só, tem se mostrado suficiente para a caracterização definitiva da natureza jurídica dos contratos administrativos e para explicar, de modo cabal, suas diferenças em relação aos contratos privados.

Os ordenamentos normalmente recorrem a uma soma de critérios para indicar quando se está diante de um contrato administrativo e quando não se está. É assim, por exemplo, na França, onde há a soma do critério subjetivo com o critério do objeto ou com o objeto das cláusulas exorbitantes. Como registra Jean Rivero, o ordenamento francês encontrou uma solução para o problema da identificação dos contratos administrativos pela soma de três elementos: *a)* as partes do contrato – “um contrato só é administrativo se uma das partes for uma pessoa colectiva de direito público”; *b)* o objeto do contrato – “todo o contrato cujo objecto se liga à própria *execução do serviço*”; e *c)* as cláusulas exorbitantes – “quando um contrato não tem por objecto confiar a execução de um serviço a um particular, só é administrativo se contiver uma *cláusula exorbitante do direito comum*”. O primeiro elemento é necessário e os dois outros são alternativos, fazendo que a soma do primeiro com um dos outros caracterize um contrato administrativo.<sup>57</sup>

No Brasil não é diferente. Nenhum dos critérios, isoladamente, permite uma compreensão plena do fenômeno dos contratos administrativo. Entretanto, ao contrário do que ocorre na França, cujo tratamento jurídico dos contratos administrativos é preponderantemente jurisprudencial, o ordenamento brasileiro tem uma disciplina legal dos contratos celebrados pela Administração Pública, cristalizada na Lei nº 8.666/93.

A identificação dos contratos administrativos não levanta grandes dificuldades quando a própria lei, de forma expressa, enumera quais são os acordos submetidos ao regime próprio da Administração Pública, quando se tem, portanto, contratos administrativos por determinação legal. As questões polêmicas que podem surgir num modelo com expressa disciplina legal dos contratos administrativos – e que, portanto, não dão espaço à criação jurisprudencial – dizem com a observância, numa determinada avença, das condições de conclusão do pacto e dos critérios gerais impostos pelo ordenamento jurídico; ou, ainda, com a aplicação do regime geral previsto em lei a um tipo marginal de contrato, que poderá, ou não, ser administrativo.<sup>58</sup>

Ou seja, a polêmica do critério distintivo dos contratos administrativos tem, no ordenamento brasileiro, por força da Lei nº 8.666/93, uma importância menor do que a verificada em países sem uma normatização pretensamente exaustiva sobre a matéria.

Desse modo, o que importa na dinâmica do regime brasileiro dos contratos administrativos é identificar quais os critérios que informaram a atividade do legislador quando da elaboração da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

56 ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990. p. 98-99.

57 RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981. p. 133.

58 CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 354.

Na doutrina brasileira, há certo consenso na adoção do critério da sujeição. Tal como pregava Hely Lopes Meirelles,

[...] o que tipifica o contrato administrativo e o distingue do contrato privado é a participação da Administração na relação jurídica bilateral com *supremacia de poder* para fixar as condições iniciais do ajuste.<sup>59</sup>

Todavia, outras características – reconhecia o autor – podem ocorrer no contrato, reforçando sua natureza administrativa, marcando o privilégio administrativo na relação contratual. Dessa posição privilegiada surgem as cláusulas exorbitantes do direito comum, que dão ao contrato a sua submissão a um regime de direito público.<sup>60</sup>

Pode-se perceber do entendimento de Hely Lopes Meirelles que, apesar da alegada vinculação ao critério da sujeição – que ele chama de supremacia do interesse público –, outros elementos se somam à orientação prevalecente no Brasil, o que é confirmado pela exegese da Lei 8.666/93.

De início, deve-se tomar como referência primeira para a caracterização da contratação administrativa no Direito brasileiro o disposto no artigo 54, *caput*, da Lei nº 8.666/93, segundo a qual

[...] os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.<sup>61</sup>

Há, portanto, desde logo, a fixação de um regime jurídico apartado do direito civil; ainda que não completamente, tendo em vista a aplicação supletiva da teoria geral dos contratos nele desenvolvida. Assim, é possível verificar a aplicação do critério do regime jurídico exorbitante, como, aliás, ressalta José dos Santos Carvalho Filho.<sup>62</sup>

Esse regime diferenciado, expresso por meio de “cláusulas” e “preceitos” de direito público é o fixado pela lei, seja a Lei nº 8.666/93 ou mesmo outras leis que regulem contratos administrativos específicos, como a Lei nº 8.987/95, que cuida dos contratos de concessão e permissão de serviço público.

Em relação à Lei nº 8.666/93, o mais característico dispositivo desse regime jurídico derogatório do direito civil<sup>63</sup> é o artigo 58, que estabelece as prerrogativas da Administração Pública na relação contratual, ou seja, fixa as cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos no direito brasileiro.

Entretanto, o transcrito artigo 54 menciona um regime diferenciado de direito público “para os contratos administrativos de que trata esta Lei”. Resta saber, então, quais são os contratos de que trata a Lei nº 8.666/93.

A Lei 8.666/93 é uma lei nacional, no sentido exposto por Geraldo Ataliba, isto é, uma lei aplicável a todos os entes federados.<sup>64</sup> Isso, aliás, é o que se depreende do próprio artigo 1º da lei em questão.

A Lei 8.666/93, na dicção desse dispositivo, regula os “contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”; incluindo, “além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e

59 MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 174.

60 MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 158.

61 BRASIL. *Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993*. Brasília, 1993.

62 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007. p. 160.

63 É verdade que autores criticam a utilização da expressão “regime derogatório”, como faz, por exemplo, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 163). Entretanto, o seu cunho tradicional no direito administrativo e a compreensão imediata de seu significado – o que acaba por indicar seu valor didático – permitem sua manutenção no presente estudo.

64 ATALIBA, Geraldo. Regime constitucional e leis nacionais e federais. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 13, v. 53-54, jan./jun. 1980. p. 62.



demais entidades controladas direta ou indiretamente” por esses mesmos entes federados, como expresso no parágrafo único desse artigo 1º.

Fica evidente a delimitação, pela lei, de um critério orgânico para a caracterização dos contratos administrativos no Brasil, o que fica ainda mais claro com a definição que o artigo 6º, inciso XIV, da Lei 8.666/93 dá de contratante, que “é o órgão ou entidade signatária do instrumento contratual”. Órgão e entidade, por sua vez, são termos vinculados ao conceito de Administração Pública, fixado no inciso XI do mesmo artigo 6º em paralelo com o disposto no artigo 1º:

Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo, inclusive, as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas.

Ou seja, do ponto de vista das partes envolvidas, os contratos administrativos no ordenamento brasileiro terão a presença da Administração Pública – tomada na sua acepção mais ampla – como contratante. Trata-se, assim, de um critério orgânico e subjetivo, que se soma ao do regime exorbitante.

Por fim, ainda é possível agregar um último critério que forma a configuração normativa dos contratos administrativos no Brasil, qual seja, o da finalidade. É fato que esse critério – como anteriormente anotado – isoladamente não tem o condão de caracterizar um contrato administrativo, tendo em vista que toda a atuação administrativa deve ser baseada na consecução do interesse público.

Todavia, é possível aplicar a distinção entre finalidade imediata e mediata de interesse público. Isso porque, se analisados os contratos aos quais a legislação brasileira atribui o caráter administrativo, é possível verificar que todos eles realizam – numa perspectiva de proximidade finalística – imediatamente uma necessidade coletiva, gerando um benefício direto para a Administração Pública ou para os administrados. Na linha do sustentado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o que importa é o

[...] interesse público específico, que se reconhece como aquele que, sendo *definido em lei*, deverá ser *imediatamente atendido* pela prestação que, no contrato administrativo, incumbe ao contratante privado.<sup>65</sup>

Somados esses critérios – da sujeição, das cláusulas exorbitantes, subjetivo e da finalidade de interesse público – tem-se, no ordenamento jurídico brasileiro, a síntese da natureza dos contratos administrativos, que informa a atuação do legislador na disciplina dessa matéria e serve de referência primeira para a sua conceituação.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS: FORMULAÇÃO DE UM CONCEITO

A doutrina brasileira apresenta variados conceitos de contrato administrativo, enfatizando diferentes aspectos de seu regime jurídico. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, contrato administrativo:

[...] é um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.<sup>66</sup>

Já para Maria Sylvania Zanella Di Pietro, os contratos administrativos seriam, em síntese, “os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra [...], para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público”.<sup>67</sup>

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, por sua vez, ensina que os contratos administrativos são

65 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 163.

66 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 445.

67 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 233.

manifestações de vontades recíprocas, sendo uma delas da Administração Pública, que, integradas pelo consenso, têm por objeto a constituição de uma relação jurídica obrigacional, visando a atender, com prestações comutativas, a interesses distintos, um dos quais é público.<sup>68</sup>

Esses conceitos exemplificativamente apresentados podem servir de referência para a construção – a partir da própria Lei nº 8.666/93 – de uma conceituação que leve em consideração os diferentes critérios identificados no regime jurídico dos contratos administrativos no Brasil.

Tal conceito deve, portanto, expressar os seguintes aspectos: *a)* a Administração Pública – em sua mais ampla caracterização – deve necessariamente figurar como contratante; *b)* a Administração Pública participa da relação contratual com autoridade, com poder de império; *c)* as prerrogativas de império da Administração Pública são cristalizadas num regime jurídico de direito público, dito exorbitante, que contém cláusulas derogatórias do direito comum; e *d)* a contratação administrativa busca a realização de um interesse público imediato.

A esses aspectos deve-se somar a noção de contrato consagrada no parágrafo único do artigo 2º da Lei 8.666, que tem a seguinte redação:

[...] considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Nesse quadro, é possível formular o seguinte conceito, como síntese final do presente estudo: contrato administrativo é todo e qualquer ajuste celebrado pela administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios – abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas – com terceiros, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, submetido a um regime de direito público que garanta prerrogativas para a Administração e voltado à realização de um interesse público.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2001. v. 2.
- ATALIBA, Geraldo. Regime constitucional e leis nacionais e federais. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 13, v. 53-54, jan./jun. 1980.
- BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*: commentado. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1926. v. 4.
- CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1997. t. 1.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- DUGUIT, Léon. *Manual de derecho constitucional: teoria general del estado, el derecho y el estado, las libertades publicas*. Granada: Comares, 2007.
- ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990.

68 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 163.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 8. ed. Madrid: Civitas, 1998. v. 1.
- HORBACH, Carlos Bastide. *Teoria das nulidades do ato administrativo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.
- KASER, Max. *Direito privado romano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.
- LONG, Marceau et al. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 15. ed. Paris: Dalloz, 2005.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11. ed. São Paulo: RT, 2007.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1967.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- PUGLIESE, Giovanni. *Istituzioni di Diritto Romano*. 3. ed. Torino: Giappichelli, 1991.
- RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981.
- SCHMITD-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid: Marcial Pons, 2003.
- SILVA, Almiro do Couto e. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 209, p. 43-70, jul./set. 1997.
- VALETTE, Jean-Paul. *Service public à la française*. Paris: Ellipses, 2000.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico [www.rbpp.uniceub.br](http://www.rbpp.uniceub.br)  
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.