EDUARDO HAYDEN CARVALHAES NETO

CONTRATOS PRIVADOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE DO REGIME JURÍDICO APLICÁVEL

TESE DE DOUTORADO

ORIENTADOR: PROF. ASSOCIADO DR. EDMIR NETTO DE ARAÚJO

FACULDADE DE DIREITO DA USP
SÃO PAULO
2011

EDUARDO HAYDEN CARVALHAES NETO

CONTRATOS PRIVADOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE DO REGIME JURÍDICO APLICÁVEL

Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, sob orientação do Prof. Associado Dr. Edmir Netto de Araújo.

FACULDADE DE DIREITO DA USP
SÃO PAULO
2011

Banca Examinadora

_____

_____

_____

_____

_____

A meus pais, Eduardo e Paula, que nunca

se cansam de ouvir minhas dúvidas, lamentos

e angústias, me incentivando incondicionalmente.

AGRADECIMENTOS

É impossível descrever minha gratidão ao Professor Edmir Netto de Araújo em poucas palavras. Mestre dedicado e paciente, há oito anos vem dedicando seu tempo à minha orientação. Sem suas lições, que se estenderam também às salas de aula do Programa de Graduação na Faculdade de Direito da USP durante a monitoria, minha vida acadêmica teria sofrido uma enorme pausa após o bacharelado. O resultado apresentado nas próximas páginas é fruto direto de tal convívio.

Minha imensa gratidão também à Professora Dinorá A. Musetti Grotti, que não poupa seu tempo nem tampouco nega acesso à sua biblioteca pessoal desde meus primeiros contatos com o Direito Administrativo.

Da mesma forma, o auxílio fornecido pelos membros da banca de qualificação, Professores Floriano de Azevedo Marques Neto e Fernando Dias Menezes de Almeida, com suas críticas e sugestões, foi fundamental ao amadurecimento e aperfeiçoamento de minhas ideias iniciais e ao desenvolvimento deste estudo.

Minha gratidão também à minha querida Juliana Brescovici, que me conheceu já durante a elaboração desta tese e sempre se mostrou compreensiva e paciente, convivendo com meus períodos de imersão e, acima de tudo, me incentivando e acompanhando com muito carinho.

Por fim, mas não menos importante, não poderia deixar de mencionar o apoio que recebi de meus colegas de trabalho de Mundie e Advogados, não só debatendo exaustivamente diversas passagens desta tese, mas também atendendo prontamente a meus pedidos de leitura e revisão, sempre urgentes. Sem eles, este trabalho certamente não seria completado a tenpo.

Despicienda é a constatação de que todas as falhas porventura verificadas por aqueles que se aventurarem a analisar o presente trabalho são somente atribuíveis ao seu Autor, responsável que foi pela sua elaboração.

RESUMO

A celebração de negócios jurídicos é fundamental para a Administração Pública. Sem ela, não só sua interação com a sociedade seria precária, como também não conseguiria cumprir com a maior parte dos princípios que regem seu regime jurídico, pois não se mostra autossuficiente. Para formalizar tais negócios jurídicos, o instrumento utilizado é o contrato.

Parte da doutrina defende que tais instrumentos não se enquadram adequadamente no conceito de contrato por conta das peculiaridades que os cingem quando uma das partes pertence à Administração Pública ou está a exercer função que lhe foi delegada pelo Poder Público. De outro lado, aqueles que concordam com a classificação desses instrumentos como contratos dividem-se entre os que acreditam existir um regime jurídico único para todos os contratos da Administração Pública e aqueles que defendem a existência de duas "modalidades" de contratos: os contratos administrativos, regidos predominantemente pelo direito público, e os contratos privados da Administração Pública, que, tendo como objeto negócios jurídicos característicos da vida privada, são regidos predominantemente pelo direito privado. Somos partidários desta última corrente e, diante da escassa literatura pátria sobre os contratos privados da Administração Pública, nos propomos a analisá-los mais detidamente no presente estudo. Assim, dividimos este trabalho em cinco capítulos.

No primeiro deles, apresentaremos nossas considerações iniciais sobre a matéria, fornecendo um apanhado do que a doutrina nacional e estrangeira já produziu sobre o assunto e de como se dividem as opiniões. Tendo em vista que os contratos regidos primordialmente pelo direito privado apresentam grande parte dos traços dos contratos privados, no segundo capítulo analisaremos as características mais relevantes das cláusulas típicas de direito público que integram os contratos administrativos. O terceiro capítulo, por sua vez, é dedicado à verificação da legislação brasileira e os respectivos dispositivos normativos pertinentes aos contratos privados da Administração Pública. No quarto capítulo nos debruçaremos sobre as decisões jurisprudenciais estrangeiras que marcaram o início da distinção entre as duas modalidades de contratos da Administração Pública e no quinto capítulo apresentaremos nossas conclusões, conjuntamente com algumas sugestões que acreditamos sejam pertinentes ao aperfeiçoamento do tratamento da matéria no Brasil.

Palavras-chave: contratos – contratos administrativos – contratos privados – Administração Pública – Direito Administrativo – prerrogativas – cláusulas exorbitantes – negócio jurídico – licitação.

ABSTRACT

The execution of legal businesses is essential for the Public Administration. Without it, not only its interaction with society would be precarious, but also could not comply with most of the principles governing their legal regime, as it is not show self-sufficient. In order to formalize such legal transactions, the instrument to used is the agreement.

Part of the doctrine sustains that such instruments do not fit properly on the concept of agreement because of its peculiarities when one of the parties belongs to the Public Administration or is exercising function that has been delegated by the Public Power. On the other hand, those who agree with the classification of such instruments as agreements are divided between those who believe that there is a single legal regime for all the agreements executed by the Public Administration and those who advocate the existence of two "modalities" of agreements: the administrative agreements, predominantly governed by public law, and private agreements of the Public Administration, which having as subject legal businesses that are typical of the private life, are governed mainly by private law. We agree with this latter view, and because of the scarce literature on private agreements of the Public Administration, we propose to examine them more closely in this study. We have divided this paper into five chapters.

In the first one, we will present our initial thoughts on the subject, providing an overview of what the national and foreign doctrine has produced on the subject and how the opinions are divided. Given that agreements governed by private law primarily present most of the characteristics of private agreements, in the second chapter we will analyze the most relevant characteristics of the typical clauses that integrate the administrative agreements. The third chapter, on its turn, is devoted to the verification of the Brazilian legislation and the respective applicable normative provisions pertaining to the private agreements of the Public Administration. In the fourth chapter we will lean over the foreign court decisions that became the landmarks of the beginning of the distinction between the two modalities of agreements of the Public Administration and in the fifth chapter we will present our findings, together with some suggestions that we believe are relevant to improving the handling of this matter in Brazil.

Key words: agreements – administrative agreements – private agreements – Public Administration – Administrative Law – prerogatives – exorbitant clauses – legal business – bid.

RÉSUMÉ

La réalisation des affaires juridiques est essentielle pour l'Administration Publique. Sans elle, non seulement son interaction avec la société serait précaire, mais aussi elle ne pourrait pas se conformer à la plupart des principes qui régissent leur statut juridique, puisqu'elle ne se montre pas auto-suffisante. Pour formaliser ces actes juridiques, l'instrument utilisé est le contrat.

Une partie de la doctrine considère que ces instruments ne s'insèrent pas correctement sur la notion de contrat en raison des particularités qui les limitent quand une partie appartient au gouvernement ou bien exerce une fonction déléguée par le Pouvoir Public. D'autre part, ceux, qui acceptent la classification de ces instruments tels que les contrats, sont divisés entre ceux qui croient qu'il y a un régime juridique unique pour tous les contrats de l'Administration Publique et ceux qui préconisent l'existence de deux «modes» de contrats : les Contrats Administratifs, principalement régis par le droit public et les contrats privés de l'Administration Publique, qui ayant comme objet les affaires juridiques, une caractéristique de la vie privée, sont principalement régis par le droit privé. Nous sommes favorables à ce dernier point de vue, compte tenu de la littérature existante, limitée dans notre pays, sur les contrats privés de l'Administration Publique, nous proposons de les examiner de plus près dans cette étude. Nous avons divisé ce travail en cinq chapitres.

Dans le premier, nous présentons nos premières réflexions sur ce sujet en donnant un aperçu de ce que la doctrine nationale et l'étrangère ont dit à ce sujet et comment les opinions se divisent. Étant donné que les contrats régis principalement par le droit privé présentent la plupart des caractères des contrats privés, dans le deuxième chapitre nous analyserons les caractéristiques les plus pertinentes des clauses typiques du droit public qui font partie des contrats administratifs. Le troisième chapitre, à son tour, est consacré à la vérification de la législation brésilienne et les dispositions réglementaires pertinentes relatives aux contrats privés dans l'Administration Publique. Dans le quatrième chapitre, nous verrons les décisions des tribunaux étrangers qui ont marqué le début de la distinction entre deux types de contrats de l'Administration Publique et dans le cinquième chapitre, nous présenterons nos conclusions, ainsi que quelques suggestions que nous jugeons pertinentes pour améliorer le traitement de cette matière au Brésil.

Mots-Clés: contrats – contrats administratifs – contrats privés –Administration Publique – Droit Administratif – prérogatives - clauses exorbitantes – affaire juridique– licitation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 9

CAPÍTULO I. DOS CONTRATOS CELEBRADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 11

1. Introdução 11
2. Contrato enquanto noção da Teoria Geral do Direito 16
3. Das correntes doutrinárias 21
4. Das espécies de contratos da Administração Pública 36
5. Critérios de diferenciação entre modalidades de contratos da Administração Pública 40
6. Pontos de proximidade entre as modalidades de contratos da Administração Pública 54
7. Sobre a posição adotada no presente trabalho 66
8. Das consequências da aplicação de regime jurídico privado aos contratos celebrados pela Administração Pública 71

CAPÍTULO II. O PAPEL DAS CLÁUSULAS CARACTERÍSTICAS DE DIREITO PÚBLICO 75

1. Introdução 75
2. A relação das prerrogativas públicas com os contratos 80
3. Semelhanças entre as modalidades de contratos da Administração Pública 84

CAPÍTULO III. A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E OS CONTRATOS PRIVADOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 89

1. Das regras gerais da Lei de Licitações e Contratos Administrativos brasileira 89
2. Da redação dos contratos da Administração Pública conforme a lei 92

CAPÍTULO IV. AS LIÇÕES ADVINDAS DA JURISPRUDÊNCIA 103

1. Introdução 103
2. Das decisões do Conselho de Estado francês 105
3. Dos exemplos específicos encontrados na jurisprudência pátria 112

CAPÍTULO V. PROGNÓSTICO E CONSTAÇÕES FINAIS 117

1. Nossa opinião acerca do ambiente atual dos contratos da Administração Pública 117
2. Proposta de tratamento legal dos contratos da Administração Pública 120
3. Conclusões 128

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 134

INTRODUÇÃO

O presente trabalho se volta inicialmente à análise dos contratos privados da Administração Pública. Todavia, trata-se de tema que não pode ser avaliado sem que, indiretamente, também se analise os contratos administrativos e a própria atuação da Administração Pública.

Assim, a idéia central por trás das posições que serão sustentadas e que, por sua vez, fatalmente conduzirão às conclusões apresentadas ao final serão apresentadas é a de que o interesse público é a regra-matriz do Poder Público. É ele quem, em primeiro lugar, legitima a existência da Administração Pública e o mandato que lhe é outorgado para reger a sociedade. Se sua busca for abandonada, então se perde a razão de ser do Estado e caberá a cada indivíduo fazer o possível para impor seus direitos individuais.

Dentro de um contexto de convivência harmônica da Administração Pública com os particulares, esta por vezes apresentará necessidades próprias de pessoa jurídica que precisarão ser supridas por alguém que tenha interesse conciliável. Para isso, em certos momentos será regida pelo direito privado, como destaca Manoel de Oliveira Franco Sobrinho:

> "A ordem positiva impõe ao Direito Administrativo, em virtude da variedade das relações que estabelece com os administrados, a adoção de instrumentos próprios do Direito Privado. Nisto não vai nada de novo porque toda organização administrativa vem submetida ao ordenamento jurídico, embora quando na atividade fique subordinada a dois propósitos, um de interesse e outro de finalidade pública.
>
> (...)
>
> Duas tônicas porém sempre estão presentes, a do interesse público avaliável e a da finalidade pública cogente. Em torno delas, ou da unidade delas, ativa-se a Administração buscando os instrumentos adequados, adotando, para cada figura necessária, o modelo tradicional. O *modelo* que há de formalizar-se em razão das relações entre as partes."[1]

[1]FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Contratos administrativos*. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 262-263.

Nossa intenção é não só fornecer um panorama da dinâmica entre direito público e direito privado na atuação administrativa, como também entender a lógica por detrás da determinação dos regimes jurídicos aplicáveis, bem como fornecer sugestões de soluções voltadas a mitigar as discussões que prejudicam o pleno desenvolvimento da contratação pela Administração Pública. É a esta tarefa que dedicaremos as próximas páginas.

CAPÍTULO V. PROGNÓSTICO E CONSTAÇÕES FINAIS

1. Nossa opinião acerca do ambiente atual dos contratos da Administração Pública

Na busca obstinada por inovar o direito, muitos autores acabam adotando por política a defesa de opniões extremadas. Caso, no entanto, tais opniões não sejam devidamente fundamentadas, fruto de extensa reflexão, acabam por resultar em conclusões que têm como único resultado surpreender, sem, contudo, efetivamente convencer os demais.

Diante do estudo realizado, nos parece que até o presente momento os contratos celebrados pela Administração Pública continuam a ser aquilo que a doutrina predominante defende e a jurisprudência reconhece há mais de um século: instrumentos formalizadores de negócios jurídicos que por um lado buscam atender às necessidades do Estado e de outro os interesses comerciais dos particulares fornecedores. Esta conjunção de vontades pacifica o ambiente de convívio entre tais partes e acaba por resguardar um bem maior: o interesse público, que deve mover constantemente o Poder Público. Com efeito, continuam a existir as duas modalidades de contratação do Estado analisadas no presente estudo: os contratos privados da Administração Pública e os contratos administrativos.

Constatamos que não há, atualmente, no campo dos contratos celebrados pela Administração Pública, um regime jurídico único – apenas público ou puramente privado – , e que não há contrato que tenha ao menos potencialmente a chance de vir a ser perturbado por fundamentos típicos de outro regime. Assim, é inegável que certos negócios jurídicos se mostrarm característicos da vida privada e, por esta razão, são predominantemente regidos pelo direito privado e apenas muito excepcionalmente se verificam características típicas do direito público, enquanto outros são relações que somente têm razão de ser no direito administrativo e são por ele regidas (o que, contudo, não impede que certas partes do negócio, comuns a todos tipo de avença, sejam buscadas no direito civil). Este é um fato reconhecido pela Lei Federal n.° 8.666/1993 e pelos tribunais pátrios.

Os regimes jurídicos público e privado, portanto, permanecem em constante contato, convívio e interação em todo e qualquer contrato celebrado pela Administração Pública, pois mesmo nos negócios típicos do direito privado, ainda assim a Administração não abandona sua natureza jurídica inerente.

Assim, não parece assentir razão àqueles autores que defendem haver no Brasil atualmente um único regime jurídico de contratos da Administração Pública (o que, todavia, deveria ser ratificado por meio do reconhecimento de duas terminologias distintas na lei regente, ao invés de adotar o termo "contrato administrativo" indistintamente).

Diante disso, em nossa opinião, não assente razão àqueles que, diante da constatação do convívio entre dois regimes jurídicos em um mesmo veículo formalizador de vontades, acabam por defender que não há que se falar mais em contratos administrativos e que não há razão de ser para prevalescerem prerrogativas públicas em determinadas situações[2].

Em outras palavras, a constatação de uma tendência de aproximação entre as duas modalidades de contratos da Administração Pública não resulta necessariamente em um regime jurídico único para todos os eles.

No caso daqueles que defendem o fim das cláusulas exorbitantes, entendemos que tal posição se deve ao fato de tomarem a exceção como se regra fosse, confundirem o abuso ilegal com conduta legítima de Estado, e, assim, terminam por acreditar que estão constatando mudanças radicais e, mais ainda, que estariam presenciando o fim de seu objeto de estudo. As cláusulas exorbitantes são fundamentais à prossecução do interesse público e entendemos não haver possibilidade de as extirpar do mundo jurídico.

Já no tocante àqueles que acreditam que já há no Brasil um único regime jurídico de contratos da Administração Pública, cabe observar que o teor da legislação em vigor e a jurisprudêncua prevalescente demonstram ainda haver uma separação entre estas duas modalidades.

---

[2]Fenômeno semelhante se dá com o instituto do serviço público, vitimado frequentemente por aqueles que enxergam nas suas mudanças decorrentes dos fenômenos sociais o seu fim, confundindo modificações e "lapidações" do conceito com o total obsolescência e desuso do instituto. São incontabilizáveis os anúncios que já foram feitos do fim do serviço público e, no entanto, ele ainda continua a ser figura frequente de uso e estudo, continuando a se apresentar como fundamental ao exercício da cidadania e a inserção efetiva na sociedade.

Com relação àqueles que anunciam o fim dos contratos administrativos na sociedade contemporânea, cabe manter em mente que as ciências humanas não são estanques, que os fenômenos sociais sofrem adaptações, mas que determinados conceitos e instrumentos criados ao longo dos séculos não deixam de existir apenas por conta de evoluções e mudanças culturais. As mudanças são factíveis e, muitas vezes, significativas, mas muito raramente têm o condão de extinguir os conceitos fundamentais. Saber delimitá-las nos estudos e verificar se ainda cabem nos conceitos é tarefa dos observadores, que lhes permite emitir opiniões mais abalisadas e ponderadas.

Sobre o assunto, é oportuna a lição de Lucas Rocha Furtado:

> "Após vários erros, e alguns acertos, hoje se constata a impossibilidade de total afastamento das normas e dos princípios que constituem o instrumental do Direito Administrativo. Se há novas áreas de atuação do Estado que reclamam maior agilidade, outras continuam a ser pautadas pelos instrumentos tradicionais do Direito Administrativo. De qualquer forma, hoje se verifica, de modo cristalino, que a desqualificação do Direito Público não interessa nem ao Estado nem à sociedade. Portanto, em vez de se afastar o Direito Público, deve-se buscar atualizar seus preceitos e torná-lo capaz de responder de forma pronta e eficaz às demandas que as sociedades modernas apresentam ao Estado. Este constitui o grande desafio que se apresenta aos que lidam com o Direito Administrativo: mantê-lo atualizado, capaz de atender às demandas sociais, sem se afastar dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito."[3]

> Ultrapassada a discussão sobre as proposições 'modernas' de extinção dos contratos administrativos, ainda resta, no entanto, inegável divergência entre opiniões, que divide a doutrina nacional e estrangeira no tocante (i) à existência de "contratos" propriamente ditos tendo a Administração Pública como parte; e (ii) à existência de contratos privados da Administração Pública, que se diferenciam dos contratos administrativos; nossa proposta de solução das divergências entre tais correntes, para atingir um consenso acerca dos contratos celebrados pela Administração Pública é que se promova modificação legislativa que, ao trazer para o âmbito da lei, senão todas, ao menos a maior parte das prerrogativas características de Direito Público a que a Administração Pública faz jus, manterá no âmbito do instrumento contratual propriamente dito apenas aqueles dispositivos característicos de direito privado e que figurariam em um contrato típico.

[3]FURTADO, Lucas Rocha. op. cit., p. 57.

Resumidamente, entendemos há ainda hoje duas modalidades de contratos passíveis de celebração pela Administração Pública. Enquanto em uma delas há maior incidência de regras do direito privado, na outra há predominantemente regras de direito público. Somente a aplicação concomitante de diferentes critérios de identificação permitirá que se trace uma zona de intersecção que identifique uma destas modalidades (e, por exclusào, os contratos pertencentes à outra modalidade, por exclusão, ficariam nas respectivas zonas exógenas à intersecção). Entretanto, mesmo na modalidade "contratos privados da Administração Pública" haverá sempre potencialmente interesse público envolvido, seja diretamente (contratos administrativos) ou indiretamente (contratos privados da Administração).

Por essa razão, nos parece que o mais correto seria alterar a legislação para pacificar grande parte das correntes doutrinárias divergentes na matéria e tornar mais clara para os particulares que contratam com a Administraçào Pública a potencialidade de prevalescer interesse público, expondo de antemão em que tipo de situações o negócio jurídico em questão poderia vir a ser afetado.

2. Proposta de tratamento legal dos contratos da Administração Pública

Diante (i) das dificuldades enfrentadas pela doutrina no escalonamento das regras de direito privado e de direito público nos contratos celebrados pela Administração Pública, (ii) da ausência de clareza, em muitos casos de contratos privados da Administração, quanto à possibilidade de o Poder Público fazer uso de prerrogativas peculiares (bem como da divergência quanto à real juridiciidade disto ocorrer), e (iii) da insistência de alguns autores de tentarem classificar os contratos administrativos como figuras desconexas do conceito de contrato por conta da presença de cláusulas exorbitantes, nossa proposta é retirar do teor dos contratos da Administração Pública as chamadas "cláusulas exorbitantes", para que, utilizando o princípio da legalidade estrita, venham a ser incluídas de maneira mais detalhada do que a atual na lei de regência dos contratos do Poder Público.

Essa proposta compreenderia a "avocação" pelo legislador de todas as disposições acerca do exercício de prerrogativas públicas, passando-as do corpo do contrato para o âmbito da lei e, assim, fazendo com que as cláusulas de prerrogativas, também conhecidas como cláusulas administrativas, de privilégio, exorbitantes ou derrogatórias deixassem de ser cláusulas contratuais, passando a ser dispositivos normativos que se aplicariam aos contratos celebrados pela Administração Pública sempre que se verificasse condições motivadoras da aplicação do regime jurídico público justificador de prerrogativas, independentemente do regime jurídico prevalescente no contrato. Para evitar eventuais abusos, tal modificação deveria ser acompanhada pela inserção metodologia de verificação e comprovação da presença de interesse público que, uma vez percorrida pelo intérprete, dê azo à aplicação de prerrogativas públicas ao contrato (novamente mediante regras estabelecidas em lei).

O "acionamento" dessas prerrogativas, portanto, deveria ser sempre acompanhado da necessária motivação demonstradora da ocorrência do evento previsto genericamente pelo legislador e traria consigo a necessidade de observância da equação econômica inicialmente firmada, de modo a se preservar o equilíbrio econômico-financeiro da relação.

Em nossa opinião, não haveria obstáculos para que tal modificação fosse implementada, eis que, conforme corretamente observa Marcos Juruena Villela Souto ao analisar os anteprojetos de lei de autoria de Benedito Porto Neto e de Carlos Pinto Coelho Motta – ambos voltados a substituir a Lei Federal n.º 8.666/1993 –, ressalta que as cláusulas exorbitantes "*não têm sede constitucional; assim o legislador infraconstitucional pode prevê-las ou não, bem como condicionar o seu uso*"[4].

O que motiva a proposta ora descrita – e que, como convém, será melhor descrita nos próximos parágrafos – é o fato de que a aplicação das prerrogativas do Poder Público aos contratos celebrados pela Administração Pública sofre constante questionamento. Algumas vezes tal questionamento se ampara sobre a discussão da aplicabilidade do regime jurídico público a determinado contrato; outras vezes o questionamento se deve à efetiva presença de elemento justificador do acionamento da prerrogativa pública.

---

[4]SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 472.

Nossa opinião, já exposta acima, é a de que atualmente não se deve falar em um regime jurídico único aplicável todo a qualquer contrato celebrado pela Administração Pública. Mesmo naqueles contratos em que todas as cláusulas contratuais sejam regidas pelo direito privado, prerrogativas características de direito público podem vir a ser aplicadas em situações específicas, caracterizadoras de situações justificadoras (pressupostos do dever) de princípios como ao da supremacia do interesse público[5]. Tal constatação é muito bem sumarizada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao afirmar que "*a conclusão é uma só: pode-se impugnar a presença de cláusulas exorbitantes nos contratos celebrados entre Estado e particular. Mas não se pode acabar com o exercício de prerrogativas públicas durante a execução do contrato*"[6].

No entanto, a supremacia do interesse pública poder potencialmente se manifestar em ambas as modalidades não quer dizer que contratos privados da Administração Pública e contratos administrativos mantenham relação idêntica com o interesse público. Enquanto estes têm uma relação íntima e direta com interesses públicos, aqueles somente se relacionam transversa e indiretamente com intereses públicos. Enquanto nestes a atuação no exercício de prerrogativas é constante, naqueles constitui exceção, que deve necessariamente restar comprovada para ser considerada legítima.

No entanto, nossa proposta fará com que tanto os contratos privados da Administração Pública quanto os contratos administrativos passem a ser redigidos da mesma maneira: sem cláusulas exorbitantes em seu corpo. Estas, previstas na lei e passíveis em aplicação em todo e qualquer contrato da Administração Pública em que se comprove haver interesse público a demandar o exercício de prerrogativa, sofrerão menos questionamentos quanto à sua compatibilidade com o regime jurídico do contrato, devendo-se as eventuais impugnações dirigirem-se à presença de interesse público, à proporcionalidade da prerrogativa e à preservação dos interesses privados na medida do possível, bem como as contrapartidas ao particular.

---

[5]Marçal Justen Filho discorda parcialmente desta opinião, defendendo que "*a alteração unilateral dos contratos é incompatível com o funcionamento dessas atividades* [privadas]. *Não será admitida a imposição compulsória de alterações contratuais – o particular poderá a tanto se opor, preferindo a rescisão do contrato. Assim, por exemplo, uma seguradora particular não pode ser constrangida a manter um contrato de seguro se a Administração deliberar ampliar o objeto segurado ou os riscos incidentes. / Mas as demais competências anômalas – tal como a fiscalização reforçada, o regime especial de recebimento de bens e a própria extinção por decisão unilateral da Administração Pública – podem ser exercitadas, uma vez que não geram risco de comprometimento da iniciativa privada.*" (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 487).

[6]DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Ainda existem os chamados contratos administrativos?, cit., p. 407.

Por meio da modificação cogitada, seria, portanto, implantado um único regime de contratos da Administração Pública.

O princípio da legalidade estrita, aplicável à conduta administrativa, faz com que a "legalização" das prerrogativas contratuais torne a atuação do Poder Público uma obrigação de, naqueles casos previstos em lei – ainda que de maneira geral e abstrata, mas mediante critérios predeterminados, como convém à legislação – fazer valer sua(s) prerrogativa(s). Em outras palavras, a modificação proposta explicita que fazer valer o interesse público dentro dos limites da legitimidade não é uma faculdade do Poder Público, mas sim um dever.

A proposta em questão procura também estabelcer um conceito legal de "método legítimo de exercício de prerrogativas públicas" para evitar abusos e preservar o direito do administrado às contrapartidas. Isto é especialmente relevante, pois atualmente já pode ocorrer o exercício de tais prerrogativas nos contratos da Administração Pública, mas não há uma disciplina de qual seria o procedimento aplicável e nem tampouco isto está evidenciado na legislação a ponto de esclarecer aos entes privados interessados em contratar com a Administração Pública todos os riscos envolvidos e as correspondentes contrapartidas.

Quanto à já existência da possibilidade do exercício das prerrogativas públicas mesmo nos contratos da Administração em que há maior incidêmcia do direito privado, convém lembrar que a Administração Pública detem poder de polícia[7] e, lhe sendo possibilitado ordenar a atuação daqueles que com ela se relacionam, as prerrogativas de fiscalização e de sancionamento sempre poderiam ser levadas a cabo, senão por ser parte do contrato, ao menos por jamais deixar de ser Administração Pública.

Se o Poder Público é parte de contrato regido majoritariamente pelo direito privado e, a princípio, não poderia se utilizar dessas prerrogativas enquanto pessoa jurídica figurativa da relação jurídica (negócio jurídico), ainda assim a Administração Pública pode

---

[7]Carlos Ari Sundfeld sugere a adoção da terminologia "administração ordenadora", que define como "*a parcela da função administrativa, desenvolvida com o uso do poder de autoridade, para disciplinar, nos termos e para os fins da lei, os comportamentos dos particulares no campo de atividades que lhes é próprio*" (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1997. p. 20), ao invés de "poder de polícia", pois este termo remeteria a um poder do qual a Administração Pública detinha antes do Estado de Direito e que depois foi transferido para o legislador; porque está ligado ao modelo do Estado liberal clássico; e porque faz supor a existência de um poder discricionário implícito incomum. (*Direito administrativo ordenador*, cit., p. 17).

fazer uso de seu poder ordernador[8] para a todo tempo ficalizar uma ou mais partes dos contratos[9]. Assim, uma vez verificado pela Administração Pública enquanto parte de determinado contrato a presença de um pressuposto legitimador de prerrogativa pública devidamente previsto no ordenamento jurídico, o Poder Público teria, frente ao princípio da legalidade estrita, o dever (ou poder-dever) de fazer valer tal prerrogativa.

No entanto, sob o novo regime proposto, para que tal ação seja considerada legítima, haverá que se atentar para a presença dos demais requisitos (além da previsão legal e da efetiva constatação da presença de pressuposto autorizador no caso, o que deverá ser devidamente demonstrado pela Administração Pública no procedimento administrativo ensejador da prerrogativa pública) autorizadores do exercício da prerrogativa pública: a competência e a legitimidade da prerrogativa.

A competência se refere, na verdade, ao fato de o ente que conclama o exercício de prerrogativa pública no âmbito de contrato dever ser parte do instrumento em questão e integrar a Administração Pública (ou legitimamente representá-la no exercício de atividade públicadelegável e, de fato, delegada a ele, como, por exemplo, no caso de um concessionário de serviço público).

Por sua vez, a legitimidade da prerrogativa diz respeito à necessidade de ser prevista em lei e não extrapolar o âmbito de sua aplicação prevista, preservando ao máximo possível os direitos do ente privado envolvido.

Estas constatações, mais do que desdobramentos diretos dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, se mostram necessárias porque a prerrogativa pública somente pode ser exercida quando essencial e na medida estritamente necessária. Demanda árduo exercício de dosagem, eis que se exercida a menor, o interesse e patrimônio públicos serão lesados. Se exercida em excesso, além de anulável (na medida em que excede a ação legítima), será medida de autoridade incompatível com o Estado Democrático de Direito (prevalecente no Brasil, conforme *caput* do art. 1º da Constituição Federal). Da mesma maneira, se exercida intempestivamente, será nula; se não exercida, responderá o Estado

---

[8]Como prefere denominar Carlos Ari Sundfeld (*Direito administrativo ordenador*, cit., p. 15).

[9]Dessa constatação surge um comentário interessante: sem que se defenda uma "esquisofrenia da pessoa jurídica", ainda assim é possível notar que o Poder Público não é uno, de maneira que pode sim, ao mesmo tempo, ter órgão da Administração Pública direta ou indireta figurando como parte de contrato privado da Administração Pública e também figurar como fiscalizador do negócio jurídico.

por omissão lesiva ao interesse e patrimônio públicos.

O controle de eventuais abusos e/ou omissões (advindos da inobservância da proporcionalidade, eficiência e razoabilidade) deveria ser promovido não somente pela própria Administração Pública (fazendo uso da autotutela), como também pelo Tribunal de Contas, Poder Judiciário e Ministério Público. Tais situações são extrajurídicas e, portanto, não devem servir de ensejo a uma busca de um regime totalmente privado.[10]

Mesmo com a verificação da presença de todos os pressupostos legitimadores do exercício da prerrogativa pública, este poder-dever do Estado somente se fará perfeito mediante a correlata e perfeita compensação do particular. Conforme o caso, poderá ser necessário rever a equação econômico-financeira da relação para manter seu equilíbrio justo, efetuar indenização e/ou outro tipo de reparação, sempre na mesma medida da mudança promovida pelo Poder Público.

Não se pode olvidar, ainda, da prerrogativa de sancionamento pela Administração Pública, que em nossa proposta deveria ser deslocada do âmbito do contrato para a lei, tal qual as demais prerrogativas que sejam estranhas ao direito privado (o que não se confunde, todavia, com a inserção de cláusulas penais e correlatas, comuns no direito privado, que poderiam se mantidas no contrato).

Assim, parte do que atualmente é considerado matéria de cláusulas contratuais embasada em previsão genérica legal de prerrogativa pública (e que tem gerado discussões há décadas), por meio desta proposta passaria a ser norma geral de contratação da Administração Pública.

Tal mudança evitaria a falsa impressão de que toda matéria que é objeto de cláusula contratual provém necessariamente de uma negociação propriamente dita[11], argumento

---

[10]Diogo de Figueiredo Moreira Neto, por exemplo, afirma que as prerrogativas do Estado aumentam a imprecisão e a insegurança das contratações, aumentam os custos de transação por um aumento do risco envolvido e diminuem a transparência e a confiança do administrado nos negócios jurídicos. Todavia, não nos parece ser uma possibilidade abandonar as prerrogativas, eis que envolvem o interesse público, indisponível e não passível de transação. Nesse contexto, nos parece ser mais plausível admitir tal fato, evidenciando os rsicos para os administrados, oferecendo a devida compensação e combater veementemente os abusos (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de, MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.), cit., p. 582).

[11]O que, ademais, não é correto presumir nem mesmo nos contratos celebrados entre entes privados. Com efeito, nos contratos de adesão, que se tornaram tão populares mais recentemente (principalmente com o

muito utilizado por parte da doutrina que entende que não se pode falar propriamente em "contratos" quando uma das partes do instrumento é a Administração Pública.

Caso venha a ser implementada, nossa proposta acarretaria em um regime jurídico único para todos os contratos celebrados pela Administração Pública, aproximando, de certa forma, o que hoje são consideradas por parte da doutrina e por nós mesmo como duas modalidades distintas de contratos da Administração Pública. Via de regra, eles seriam privados na medida do possível, somente se aplicando regras características de direito público nas situações estritamente necessárias, previstas em lei.

Com isso, se eliminaria grande parte da divergência doutrinária e da dificuldade enfrentada por aqueles que exercem o controle porterior da atuação administrativa, pois ao invés de verificar a compatibilidade de uma determinada prerrogativa com o regime jurídico prevalescente sobre o contrato, teria que verificar se as regras de aplicação da prerrogativa foram corretamente utilizadas e se o resultado é legítimo.

Da mesma forma, a presença de cláusulas estranhas ao regime jurídico privado (de prerrogativas, privilégio, administrativas, exorbitantes ou derrogatórias) não mais poderiam ser utilizadas como critério diferenciador entre contratos administrativos e contratos privados da Administração (e os próprios critérios de diferenciação perderiam sua função).

Com efeito, essa proposta, conseguindo lograr êxito na preservaçào do interesse público por meio da atuação administrativa seria benéfica, pois como leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro, é

> "(...) pouco provável que uma autoridade possa abrir mão, previamente, mediante negociação com o particular, dos poderes de alterar ou de rescindir o contrato unilateralmente, ou dos poderes de fiscalizar e punir. São poderes que, mesmo em caso de omissão no contrato, não podem deixar de ser exercidos se o interesse público o exigir. São poderes irrenunciáveis pela Administração Pública como parte no contrato"[12].

---

avanço dos negócios jurídicos celebrados no ambiente eletrônico), todas as cláusulas são previamente escolhidas por uma das partes e à outra parte em potencial cabe apenas concordar com todas elas ou optar por não aderir ao contrato, não se tornando efetivamente parte do contrato. Também as condições gerais de contratação, utilizadas em contratos celebrados repetidamente em grande quantidades, estabelecem *a priori* o que o empresário estipula unilateralmente como condições para que os negócios se concretizem e que deverão necessariamente estar presentes nos contratos caso alguém se interesse em com ele contratar. Uma visão muito útil sobre tais figuras da contratação é fornecida por VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2002. t. 2, p. 375-389.

[12]DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Ainda existem os chamados contratos administrativos?, cit., p. 410.

Nesse contexto, caso nossa proposta seja implementada, o exame jurídico a ser promovido pelo intérprete ocupará posição de primeira relevância, na medida em que terá que verificar se os pressupostos ensejadores da prerrogativa estão presentes em determinado caso ou não. Tal análise, obviamente, não se limitará ao instrumento contratual em questão, mas também se estenderá ao contexto no qual se insere, abrangendo a natureza jurídica das partes, os fatos envolvidos, as situações enfrentadas pelas partes etc. Essa análise certamente diminuirá a incidência de interpretações errôneas, assim como a aplicação de cláusulas nulas e reconhecimento de tentativas infundadas de fazer valer prerrogativas.

No tocante à modificação proposta, é conveniente lembrar de lição ministrada por Orlando Gomes[13], no sentido de que o conjunto de proposições por meio das quais é formulada uma declaração concorde de vontades que se convencionou chamar de contrato, seja ele regido predominantemente pelo direito público ou privado, é composto pelo preâmbulo (onde se qualificam as partes, declara-se a finalidade do negócio e coloca-se as as disposições preliminares) e pelo contexto (onde se ordena as proposições ou regras dos contratos, que se convencionou chamar de cláusulas).

As cláusulas, por sua vez, podem ser classificadas como essenciais (fundamentais para a existência e validade do contrato), naturais (condições subentendidas) ou acidentais (as quais são utilizadas somente em casos de proposição especial). Além disso, algumas vezes cláusulas implícitas também integram os contratos, podendo haver menção expressa a elas no corpo do contrato ou não. A sugestão que ora se debate seria justamente a criação de disposições legais que dispensariam a menção expressa no corpo do contrato às prerrogativas públicas. Em outras palavras, tais cláusulas deixariam de ser cláusulas naturais inseridas no contexto do contrato para passarem a ser cláusulas implícitas, existentes por força de lei mas não expressas no contrato.

Tal modificação, a nosso ver, é, na verdade, um reconhecimento de que as prerrogativas públicas já são, de acordo com a redação da lei em vigor, passíveis de aplicação. O que ocorre, no entanto, é que por conta da redação da Lei Federal n.° 8.666/1993, nos contratos administrativos, tais prerrogativas, representadas pelas cláusulas ditas exorbitantes, são consideradas naturais, enquanto nos contratos privados da

[13]GOMES, Orlando. op. cit., 18. ed., p. 17.

Administração Pública, não havendo dispositivo expresso sobre o assunto na lei, entende-se que o exercício excepcional de prerrogativas públicas se deve ao ordenamento jurídico como um todo e, em última instância, à Constituição Federal, que estabelecem a necessidade de observância ao princípio da supremacia do interesse público e, assim, colocam tais prerrogativas como cláusulas implícitas.

Alguns dirão, acertadamente, que a Lei Federal n.º 8.666/1993 já contém dispositivos que estabelecem a possibilidade de utilização de prerrogativas públicas, tais como o art. 58 (aplicável mesmo aos contratos privados da Administração no que couber, por força do §3° do art. 62), por exemplo, que aborda expressamente a possibilidade de modificação unilateral do contrato para melhor adequá-lo às finalidades de interesse público (inciso I), de rescisão unilateral do contrato (inciso II), de fiscalização da execução do objeto do contrato (inciso III), a prerrogativa de aplicação de sanções por inexecução total ou parcial do contrato, desde que devidamente motivada (inciso IV) e de ocupação provisória de bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato (inciso V).

Todavia, a existência de previsão legal de prerrogativas contratuais do Poder Público não dispensa as tarefas de (i) identificar a quais contratos celebrados pela Administração Pública se deve aplicar tais prerrogativas e (ii) inserir nos contratos submetidos ao regime jurídico público cláusulas representativas de tais prerrogativas. Estas são tarefas necessárias ao redator de qualquer contrato celebrado pela Administração Pública atualmente. Nossa proposta, no entanto, é modificar a redação da lei disciplinadora dos contratos celebrados pela Administração Pública, para que passe a prever as hipóteses em que as prerrogativas públicas se aplicam.

3. Conclusões

Como já esclarecemos acima, é nosso entendimento que mesmo naqueles casos em que o contrato celebrado pela Administração Pública seja predominantemente regido pelo direito privado, é certo que certas situações específicas, quando devidamente comprovadas,

podem justificar o exercício de prerrogativas de direito público[14]. E isto se deve ao fato de que a Administração Pública é sempre um ente público, mesmo quando se envolve em negócio jurídico regido pelo direito privado. Prova disto é que mesmo os contratos da Administração Pública regidos pelo regime jurídico privado devem ser precedidos de licitação.

Com o reconhecimento expresso pelo legislador do fato descrito acima, procurar-se-ia, por exemplo, combater o dispêndio de recursos públicos desenecessariamente apenas para cumprir um pacto de cunho predominantemente privado, o que, a nosso ver, é contrário à função social do contrato[15], cuja preservação é assegurada pelo art. 421[16] e pelo parágrafo único do art. 2.035[17] do Código Civil (Lei Federal n.° 10.406/2002). Isto se daria por meio do exercício legítimo das prerrogativas públicas em contratos em que atualmente erroneamente acaba por prevalescer o interesse privado em prejuízo do público. Portanto, a alteração legislativa proposta seria conciliável com o Código Civil, mesmo com a prevalência de prerrogativas públicas em todos os contratos da Administração Pública em que se comprove sua legitimidade.

A rescisão unilateral e a alteração unilateral dos contratos pela Administração Pública, por exemplo, seriam utilizadas para promover o gasto consciente e motivado de

---

[14]Como ressalta Lucas Rocha Furtado, "*outra observação importante consiste em que, mesmo nas hipóteses em que o Direito Privado possa ser utilizado pela Administração Pública, sempre haverá normas de Direito Público irrenunciáveis e que possuem precedência em relação às do Direito Privado.* (...) *Vê-se que em relação a esses contratos denominados de Direito Privado, bem como a qualquer outro ato praticado pela Administração Pública, além da inafastável observância do interesse público, sempre haverá normas de Direito Público aplicáveis. Assim sendo, não obstante a crescente importância que o Direito Privado assume como fonte para o Estado, o Direito Público mantém a precedência*" (FURTADO, Lucas Rocha. op. cit., p. 55-56).

[15]Miguel Reale leciona que "*o que o imperativo da 'função social do contrato' estatui é que este não pode ser transformado em um instrumento para atividades abusivas, causando dano à parte contrária ou a terceiros, uma vez que, nos termos do Art. 187, 'também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes'.*
Não há razão alguma para se sustentar que o contrato deva atender tão somente aos interesses das partes que o estipulam, porque ele, por sua própria finalidade, exerce uma função social inerente ao poder negocial que é uma das fontes do direito, ao lado da legal, da jurisprudencial e da consuetudinária." (REALE, Miguel. *Função social do contrato*. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>. Acesso em: 24 ago. 2010).

[16]"Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato."

[17]"Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.
Parágrafo único. **Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos**." (destacamos)

rescursos públicos, preceito a ser obedecido pelo Estado quando celebra qualquer contrato. Tal preceito demonstra que a liberdade de contratar e de manter contrato não é plena, sendo expressamente delimitada pela necessidade de observância à função social do contrato (art. 421 do Código Civil) e pelo mandato que recebe da sociedade, que vincula a atuação administrativa ao bem-estar coletivo e à preservação dos bens públicos (incluídos aí os recursos financeiros).

Outrossim, o parágrafo único do art. 2.035 do Código Civil evidencia que nenhum contrato pode contrariar preceito de ordem pública, como, por exemplo, a função social do contrato. Ocasionar dispêndio injustificado de verbas públicas vai contra o interesse da coletividade e, como ressalta Miguel Reale, "*é natural que se atribua ao contrato uma função social, a fim de que ele* ***seja concluído em benefício dos contratantes sem conflito com o interesse público***" (destacamos)[18].

Da mesma maneira, como esclarece a Constituição Federal, deve a propriedade privada cumprir com sua função social. É de se refletir, portanto, se um imóvel urbano locado à Administração Pública e que por ela – muito embora locatária – não vem sendo utilizado, causando desperdício de recursos públicos, cumpre efetivamente com sua função social. Sendo a conclusão negativa, caberia a rescisão unilateral do contrato pela Administraçào Pública, o que seria facilitado com a previsão de tal possibilidade na lei federal de contratos da Administração Pública, como a que ora propomos.

Nesse contexto, recorrendo mais uma vez ao fato de que a Administração Pública, de maneira geral, fora do âmbito de contratação, sempre dipõe de prerrogativas públicas que lhe permitem agir unilateralmente, lembramos da possibilidade de o Poder Público desapropriar imóveis, prevista expressamente pela Constituição Federal em seus arts. 5°, XXIV; 22, II; 182, §3° e §4°, III; 184; e 216, §1°.

---

[18]REALE, Miguel. op. cit. Concluindo o seu raciocínio, o Autor afirma que "*Na elaboração do ordenamento jurídico das relações privadas, o legislador se encontra perante três opções possíveis: ou dá maior relevância aos interesses individuais, como ocorria no Código Civil de 1916, ou dá preferência aos valores coletivos, promovendo a "socialização dos contratos"; ou, então, assume uma posição intermédia, combinando o individual com o social de maneira complementar, segundo regras ou cláusulas abertas propícias a soluções eqüitativas e concretas. Não há dúvida que foi essa terceira opção a preferida pelo legislador do Código Civil de 2.002.*
É a essa luz que deve ser interpretado o dispositivo que consagra a função social do contrato, a qual não colide, pois, com os livres acordos exigidos pela sociedade contemporânea, mas antes lhes assegura efetiva validade e eficácia."

Ora, se atualmente a Administração Pública poderia, em tese, desapropriar um imóvel do qual é locatária em prol do interesse público devidamente comprovado, afetando assim, mediante o procedimento adequado, diretamente um contrato privado, certo é que deve também lhe ser facultado exercer prerrogativa menos onerosa no âmbito deste mesmo contrato. Como já diz o adágio popular baseado na lógica, "quem pode o mais, pode o menos".

Constata-se, assim, que a hipótese do art. 79, I[19] combinado com o art. 78, XII[20] da Lei Federal n.° 8.666/1993, pode ser invocada mesmo naqueles contratos da Administração Pública regidos predominantemente pelo direito privado. E isto é, inclusive, admitido pelo legislador, ao determinar que as normas gerais contidas na lei se aplicam, no que couber, "*aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado*" (art. 62, §3°, I). Sendo assim, nada mais justo do que prever de maneira mais clara na lei a possibilidade de o Poder Público instabilizar o vínculo jurídico, como ora propomos.

Àqueles que criticariam esta proposta evidenciadora da presença pública nos contratos da Administração, cabe notar, portanto, que este é apenas o reconhecimento expresso da realidade que já prevalesce.

Por exemplo, Maria João Estorninho, observadora da mutabilidade das fronteiras entre direito público e direito privado, afirma haver uma tendência atual, em certas áreas, à aplicação do direito privado ao agir administrativo, o que denomina de "fuga para o direito privado"[21]. Muito embora concordemos que em certos casos específicos (como nos casos de garantias de financiamentos para Parcerias Público-Privadas, por exemplo) ocorra efetivamente uma maior utilização do direito privado para o agir administrativo do que anteriormente se verificava, nossa opinião é de que não se pode generalizar tal fato a ponto de classificá-lo como uma tendência do direito contemporâneo.

---

[19]"Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:
I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior; (...)"

[20]"Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:
(...)
XII - razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato;"

[21]ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*, cit., p. 379.

Neste sentido, é oportuna a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem "*por mais que a se idealize a fuga do direito administrativo, ela nunca poderá ser integra, porque, mesmo quando se socorre de institutos do direito privado, tais normas são parcialmente derrogadas pelo direito público*"[22].

Portanto, nossa proposta não deve ser confundida a uma aplicação maisou menos larga do direito privado aos contratos celebrados pela Administração Pública, nem tampouco com as propostas que proliferam em parte da doutrina contemporânea que sugerem abolir o uso de cláusulas exorbitantes e limitar as prerrogativas públicas. Trata-se apenas de proposta de sistematização das normas de contratação e das cláusulas contratuais típicas destes instrumentos, bem como de reconhecimento da real natureza dos contratos celebrados pelo Estado, sendo que tanto o direito privado quanto o direito público continuarão a ser aplicados na mesma medida em que já o são.

Tal sugestão decorre da constatação (i) de que o regime ordinário privado sempre poderá ser derrogado parcialmente pelo direito público quando se demonstrar que tal derrogação é essencial ao cumprimento de interesse público e (ii) que a discussão acerca da existência de contratos administrativos – a nosso ver desprovida de função prática – se deve, em grande parte, à presença de cláusulas que não são típicas de instrumentos contratuais.

---

[22]DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O direito administrativo brasileiro sob Influência dos sistemas de base romanística e da *common law*. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE*, n. 8, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-8-NOVEMBRO-2006-MARIA%20SYLVIA.pdf>. Acesso em: 12 out. 2010. Estas modificações dinâmicas das fronteiras entre o direito público e o direito privado são muito bem notadas por Almiro do Couto Silva, que ressalta que no passado a Escola francesa do serviço público trouxe conceitos típicos do direito privado para o regime jurídico público por meio da criação do conceito de contrato administrativo. Posteriormente, a inadequação dos instrumentos de direito público fez com que se defendesse a aplicação de regras de direito privado no campo do Direito Administrativo. Mais recentemente, com a onda de privatizações verificada na segunda metade da década de 90, a proliferação de concessões fez com que entes de direito privado passassem a ser regidos por normas de direito público (COUTO E SILVA, Almiro do. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 209, p. 68, jul/set. 1997). Não acreditamos que exista uma razão única por trás de tal fenômeno, pois acreditamos que em todos os campos sociais, em todas as relações em que houver ponto de contato entre a Administração Pública e entes particulares, será possível presenciar esta dinâmica viva ao longo dos tempos, como uma decorrência dos anseios sociais e da ideologia predominante. O que alguns autores – em nossa opinião extremados – classificam de "fugas", "crises" e "derrocadas", acreditamos ser, na verdade, a variação dinâmica e constante de tais fronteiras, consequência do inter-relacionamento entre os ramos do Direito Administrativo e do Direito Civil - pois, como Afonso Queiró já observara, "*sendo coisas bem diferentes, a verdade, no entanto, é que o Direito Administrativo e o Direito Privado não estão de costas inteiramente voltadas um para o outro*" (QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Lições de direito administrativo*. Coimbra: [s.n.], 1976. v. 1, p. 184) -; algo que já ocorre a séculos e que continuará a ocorrer, não se chegando ao tão alarmado fim das instituições de direito estudadas pela doutrina e analisadas pela jurisprudência.

O intuito de se propor alteração visando a preservação da constatação de que os instrumentos que formalizam os negócios jurídicos da Administração Pública são efetivamente contratos é para, com isto, manter-se o consenso sobre a utilização de ato negocial, plutilateral, sinalagmático e que possui uma função social a ser desempenhada: a consecução do interesse público com a preservação dos interesses privados na maior parte possível, além de evidenciar ao particular todos os rsicos de celebrar contrato com o Poder Público.

Além disso, substraindo-se as dúvidas que parte da doutrina ainda insiste em fazer pairar sobre o reconhecimento da natureza contratual de referidos instrumentos, se estará evitando que se utilize a categorização de ato jurídico unilateral para classificar o instrumento jurídico apto a formalizar os negócios jurídicos da Administração Pública, utilização esta que significaria reconhecer que o Estado pode fazer o que bem entender para receber do particular aquilo de que necessita, o que em nada corresponde ao que o ordenamento jurídico pátrio e o direito administrativo permitem. Além disso, modificar a categoria jurídica de tal instrumento (passando-a de contrato para ato unilateral da Administração Pública) seria dar azo à possibilidade de um Estado de império, que abusando de relações verticais se distancia do Estado Democrático de Direito presente na Constituição Federal.

A implementação da proposta traria uma maior transparência ao real alcance das prerrogativas públicas, permitindo ao particular realizar de antemão uma avaliação efetiva do negócio jurídico e, assim, privilegiando a segurança jurídica e o princípio da confiança legítima, que seriam, ademais, reforçados pela intensificação das ações de combate e repressão dos desvios de poder.

Da mesma forma, nos parece ilusório acreditar que é possível reduzir a ação administrativa a uma equação exata, na qual não há espaço para discricionariedade[23] alguma e onde o risco é diminuto. É fato que negócios jurídicos envolvem risco e, havendo uma maior quantidade de variáveis nos negócios jurídicos envolvendo a Administração Pública, deve-se garantir o seu contraponto compensador. Por mais que se exija a existência de previsão legal detalhada das possibilidades ensejadoras de exercício de prerrogativas, ela nunca o será a ponto de se tornar casuística, pois deixaria sua condição de norma.

[23]Cuja importância é enorme, como destaca SOUTO, Marcos Juruena Villela. op. cit., p. 472.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALESSI, Renato. *Sistema instituzionale del diritto amministrativo italiano*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1960.

ALMEIDA, Fernando Henrique Mendes de. Administração pública no direito privado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 67.

AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1994. v. 1.

_____. *Direito administrativo*. 1. ed. Coimbra: Almedina, 1988, v. 2.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Administração indireta brasileira*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

_____. *Contrato administrativo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987.

_____. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Das cláusulas exorbitantes no contrato administrativo*. 1986. Tese (Livre Docência) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 1986.

_____. *Do negócio jurídico administrativo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992. Originalmente apresentada como tese de titular à Faculdade de Direito da USP em 1991.

_____. Os princípios gerais da licitação. *Revista Licitar*: licitações, contratos e gestão de suprimentos, São Paulo, v. 1, n. 11, p. 22-31, mar. 1998.

ARRET Epoux Bertin. Disponível em: <http://www.lexinter.net/JPTXT2/arret_epoux_bertin.htm>. Acesso em: 15 set. 2010.

ARRET *S*ociété des Granits Porphyroïdes des Vosges. Disponível em: <http://www.lexinter.net/JPTXT2/arret_societe_des_granits_porphyroides_des_vosges.htm>. Acesso em: 15 set. 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Contrato administrativo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 562.

_____. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2004.

_____. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Contrato de direito público ou administrativo. *Revista de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro, n. 88, p. 15-33, 1967.

_____. *Licitação e contrato administrativo.* 13. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2002.

_____. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. 1.

_____. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1.

BARROS, Sérgio Resende de. *Liberdade e contrato*: a crise da licitação. Piracicaba: Ed. Unimep, 1995.

BARROS JÚNIOR, Carlos Schmidt de. *Contratos administrativos*. São Paulo: Saraiva, 1986.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2007.

BENOIT, Francis-Paul. *Le droit administratif français*. Paris: Dalloz, 1968.

BERÇAIT, Miguel Angel. *Teoría general de los contratos administrativos*. Buenos Aires: Depalma, 1952.

BORGES, Alice Gonzalez. A administração pública como locatária. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 201, p. 71-87, jul./set. 1995.

_____. Reflexos do Código Civil nos contratos administrativos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, n. 9, fev./abr. 2007. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 15 ago. 2010.

BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 15, jan./mar. 2007. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 25 jul. 2010.

BREWER-CARÍAS, Allan R. Evolução do conceito de contrato administrativo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano 10, v. 51/52, p. 5-19, jul./dez. 1979.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1980. t. 1.

CÂMARA, Jacintho de Arruda. *Obrigações do Estado derivadas de contratos inválidos*. São Paulo: Malheiros Ed., 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHAES NETO, Eduardo Hayden. *Regulação da universalização de serviços públicos concedidos*: o caso brasileiro dos Serviços de Telecomunicações. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. Os princípios constitucionais da administração pública. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). *Estudos sobre a Constituição*. 2. ed. Lisboa: Livraria Petrony, 1979. v. 3.

COUTO E SILVA, Almiro do. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 209, jul/set. 1997.

CRETELLA JÚNIOR, José. As categorias jurídicas e o direito público. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, ano 62, fasc. 2, p. 214, 1967.

_____. As cláusulas “de privilégio” nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro, n. 161, p. 7-28, 1985.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo comparado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

_____. *Dos contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. Negócio jurídico administrativo. *Revista de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro, n. 164, p. 29-49, abr./jun. 1986.

_____. Reflexos do direito privado no direito administrativo. *Revista do Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, n. 2, 1977.

DALLARI, Adilson Abreu. Contrato de obra pública. *Cadernos Fundap*, São Paulo, ano 5, n. 11, jul. 1985.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Ainda existem os chamados contratos administrativos? In: _____; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Da aplicação do direito privado no direito administrativo*. 1988. Tese (Livre Docência) - Faculdade Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1988.

_____.. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. *Direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. O direito administrativo brasileiro sob influência dos sistemas de base romanística e da *common law*. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE*, n. 8, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-8-NOVEMBRO-2006-MARIA%20SYLVIA.pdf>. Acesso em: 12 out. 2010.

_____. *Do direito privado na administração pública*. São Paulo: Atlas, 1989.

_____. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 1.

DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 5.

DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. 10. ed. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2004.

_____. *La licitación pública*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1977.

_____. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2001.

DUGUIT, Leon. *Les transformations du droit public*. Paris: Librairie Armand Colin, 1913. Reimpressão *La Mémoire du Droit*, 1999.

ESTORNINHO, Maria João. *Direito europeu dos contratos públicos*: um olhar português. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. *Réquiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003.

FAGUNDES, Eduardo Seabra. Contrato administrativo. *Cadernos Fundap*, São Paulo, ano 5, n. 11, p. 11-16, jul. 1985.

_____. O *controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Da contribuição do Código Civil para o direito administrativo. *Boletim de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, ano 2, abr. 1986.

_____. Da contribuição do Código Civil para o direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro, n. 78, p. 1-25, 1964.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1998.

_____. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Extinção dos contratos administrativos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1986.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Conceito de contrato administrativo. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 7, ago./out. 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 13 nov. 2009.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Contratos administrativos*. São Paulo: Saraiva, 1981.

_____. Os contratos administrativos na sua existência jurídico-positiva. *Revista de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro, n. 138, p. 38-39, out./dez. 1979.

_____. *Obrigações administrativas*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

FREITAS, Juarez. *Estudos de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Ed., 1997.

FREITAS, Rafael Véras de. A concessão de florestas e o desenvolvimento sustentável. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 7, n. 26, p. 107-133, abr./jun. 2009.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Forum, 2007.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. *Curso de derecho administrativo*. 1. ed. com notas de Agustín Gordillo. Buenos Aires: La Ley, 2006.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GORDILLO, Agustín. *Controle administrativo*: regímenes de pago y actualización. Buenos Aires: Ed. Asociacion Argentina de Derecho Administrativo. 1977.

_____. *Tratado de derecho administrativo*: parte general. Buenos Aires: Macchi. Buenos Aires: F.D.A., 2003. t. 1. Disponível em: <www.gordillo.com>. Acesso em: 26 ago. 2010.

_____. *Tratado de derecho administrativo*: parte general. Buenos Aires: Macchi. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1991. t. 2.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Contratos administrativos:* gestão, teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2002.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Serviços comerciais, industriais e internacionais do Estado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985.

HAURIOU, André. *L' utilization em droit administratif dês régles et principes du droit privé*. Paris: Mélanges Gény, 1934. t. 3. Traduzido por Paulo de Mata Machado em *Revista de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro, 1/465, sob o título: Utilização, em direito administrativo, das regras e princípios do direito privado.

JÈZE, Gaston. L'application dês régles de droit privé aux manifestations unilaterales ou contractuelles de volonté de droit public. *Revue de Droit Public*, t. XL, 1923.

_____. *Les príncipes généraux du droit administratif*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2004, t. 3.

JUSTEN, Mônica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo, Dialética, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2000.

_____. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

_____. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

LAMARQUE, Jean. *Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administratifs*. Paris: Librairie Génerale de Droit et de Jurisprudence, 1956. v. 1.

LAUBADÈRE, André de. *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprundence, 1956. t. 1.

LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Droit administratif*. 17. ed. Paris: L.G.D.J., 2002.

LIMA, Ruy Cirne. Contratos administrativos e atos do comércio. *Revista de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro, Seleção histórica, p. 271-281, 1945-1995.

_____. Contratos administrativos e atos do comércio. *Revista de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro, n. 32, p. 16-26, 1953.

_____. Direito administrativo e direito privado. *Revista de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro, n. 62, p. 1-13, p. 1960.

LONG, Marceau; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; DELVOLVÉ, Pierre; GENEVOIS, Bruno. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. Paris: Dalloz, 1996.

MACHADO, Paulo de Mata. Utilização, em direito administrativo, das regras e princípios do direito privado. Tradução de HAURIOU, André. L' utilization em droit administratif dês régles et principes du droit privé. Aris: Mélanges Gény, 1934. t. 3. *Revista de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro, n. 1, fasc. 2, p. 465, 1945.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *O regime jurídico das utilidades públicas*: função social e exploração econômica de bens públicos. 2008. Tese (Livre Docência) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

_____. Parecer sobre "Alteração de contrato administrativo - antecipação de etapas de execução - Intangibilidade das condições econômicas e financeiras originais - Alteração de regime de execução e pagamento como fator de neutralização dos ônus excedentes - Noção jurídica da 'Antecipação de pagamento' Vedada em lei". *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, n. 14, p. 66-79, maui/jun. 2002.

_____. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros Ed., 2002.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Contratos administrativos. *Revista Eletrônica de Direito do Estado – REDE*, Salvador, n. 17, p. 33-38, jan./mar. 2009. Disponível em: <www.direitodestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 13 mar. 2010.

MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Tradução de Luís Afonso Heck. Barueri: Manole, 2006.

MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Tradução de Horacio H. Heredia e Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma, 1949. t. 1,.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 13. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1981.

_____. *Direito administrativo brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1998.

_____. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.

_____. *Licitação e contrato administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2002.

MOCADA, Luís Solano Cabral. O problema do critério do contrato administrativo e os novos contratos-programa. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, numero especial, estudos em homenagem a J.J. Teixeira Ribeiro, Coimbra, n. 2, p. 585-637, 1979.

_____. O problema do critério do contrato administrativo e os novos contratos–programa. In:_____. *Estudos de direito público*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

MONEDERO GIL, José Ignácio. *Doctrina del contrato del Estado*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1977.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Apontamentos Sobre a reforma administrativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de, MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 571-592.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. *Revista da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 17, p. 3-22, 2006.

MUKAI, Toshio. *Contratos públicos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

_____. *Licitações e contratos públicos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *O novo Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Saraiva, 1993.

PALERMO, Fernanda Kellner de Oliveira. Escorço histórico do contrato administrativo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/2647>. Acesso em: 05 nov. 2010.

_____. *Regime jurídico público e privado nos contratos administrativos*: pontos de aproximação e afastamento. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2008.

PÉQUIGNOT, Georges. *Des contrats administratifs*. Paris: Librairies Techniques, 1953.

PONDÉ, Lafayette. A vontade privada na formação ou na eficácia do ato administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 63, p. 17, jan./mar. 1961.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Lições de direito administrativo*. Coimbra: [s.n.], 1976. v. 1.

REALE, Miguel. *Função social do contrato*. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>. Acesso em: 24 ago. 2010.

RETORTILLO, Sebastián. Il diritto vivile nella genesi del diritto amministrativo e dei suoi Iistituti. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, v. 9, 1959.

REVISTA de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 215, p. 240-245. 1999.

RIVERO, Jean. *Droit administratif*. 5. ed. Paris: Dalloz, 1971.

ROUVIÈRE, Jean. *Les contrats administratifs*. Paris: Dalloz, 1930.

SALGADO FILHO, Nilo Spínola. *Contrato administrativo*: efeitos da invalidação. 2006. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. Cláusulas exorbitantes: da teoria à prática. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

SAVATIER, René. *Du droit civil au droit public*. Paris: Librairie Génerale de Droit et de Jurisprudence, 1945.

SOUSA, Marcelo Rebelo de; DE MATOS, André Salgado. *Contratos públicos*: direito administrativo geral. Lisboa: Dom Quixote, 2008. t. 3.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1997.

_____. *Licitação e contrato administrativo de acordo com as Leis n. 8.666/93 e 8.883/94*. São Paulo: Malheiros Ed., 1994.

_____; CÂMARA, Jacintho Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro, n. 248, p. 117-126, maio/ago. 2008.

TÁCITO, Caio. Contrato privado da administração. Exportação de açúcar. In: _____. *Temas de direito público*: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 2.

_____. Contratos administrativos. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 18, out./dez. 1971.

_____. Direito administrativo e direito privado nas empresas estatais. *Revista de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro, 151/22-28.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*. 3. ed. Lisboa: Lex, 1965.

VEDEL, Georges; DELVOLVÉ, Pierre. *Droit administratif*. 12. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1994. v. 1.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2002. t. 2.

VIANA, Cláudia. *Os princípios comunitários na contratação pública*. Coimbra: Coimbra Ed., 2007.

WALINE, Marcel. *Précis de droit administratif*. Paris: Montchrestien, 1969. v. 1.