

**RAINIER BELOTTO PLAWIAK**

**CONTRATOS ADMINISTRATIVOS INTERNACIONAIS**

Curitiba  
2007

**RAINIER BELOTTO PLAWIAK**

**CONTRATOS ADMINISTRATIVOS INTERNACIONAIS**

Monografia apresentada como requisito parcial para a conclusão do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

**Orientador: Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho**

**Co-orientador: Prof. Ms. Fernando Vernalha Guimarães**

Curitiba  
2007

“Escrevo escravo de uma vontade inexplicável. Sinto necessidade orgânica de falar, de dizer coisas, de me posicionar, de firmar idéias; de criticar se possível; de mostrar aos outros meu pensamento” – Manoel de Oliveira Franco Sobrinho

Agradeço à minha família pela compreensão;  
à Ana Paula Bee pelo carinho;  
a Deus pela fé;  
aos meus amigos pelo incentivo;  
a meu orientador e co-orientador pela paciência e ajuda intelectual;  
à Leila Cuéllar e Egon Bockmann Moreira pelos ensinamentos passados;  
à empresa FGF Informática, que conseguiu salvar a maioria do estudo após um HD queimado...

# SUMÁRIO

<b>1. Introdução.....</b>	<b>06</b>
<b>2. Contrato administrativo: enquadramento .....</b>	<b>08</b>
2.1. O contrato como categoria geral do direito.....	08
2.2. Caracterização do contrato administrativo.....	13
2.2.1. Evolução do instituto no direito estrangeiro.....	13
2.2.2. Elementos caracterizadores dos contratos administrativos.....	17
2.2.3. Conceitos de contrato administrativo.....	25
2.2.4. Classificação e enquadramento dos contratos administrativos.....	32
2.2.5. Evolução legislativa no Brasil: as leis e os dispositivos constitucionais de hoje e de outrora sobre as contratações administrativas.....	37
<b>3. Tópicos de Direito Internacional necessários à compreensão do tema.....</b>	<b>49</b>
3.1. A posição hierárquico-legal dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro.....	49
3.2. Contratos internacionais.....	50
3.2.1. Conceito.....	50
3.2.2. A autonomia da vontade para o Direito Internacional Privado.....	51
<b>4. Contratos administrativos internacionais.....</b>	<b>52</b>
4.1. Conceito e enquadramento.....	52
4.2. Correlação com os institutos dos contratos internacionais de Direito Privado.....	53
4.2.1. Cláusula de escolha do foro.....	54
4.2.2. Exigência de representantes em território nacional.....	56
4.2.3. Forma de pagamento.....	57
4.2.4. Garantias.....	58
4.2.5. Carta de intenção x edital.....	60
4.2.6. Confidencialidade x princípio da publicidade.....	61
4.2.7. Cláusula de Hardship.....	62
4.2.8. Data do pagamento.....	62
4.2.9. Autonomia da vontade.....	63
4.3. Os tratados internacionais sobre contratos ratificados e sua influência sobre as regras da Lei nº 8.666/93.....	64
<b>5. Conclusão.....</b>	<b>68</b>
<b>6. Referências bibliográficas.....</b>	<b>70</b>

## 1. Introdução

Hodiernamente, o comércio internacional vem se tornando cada vez mais complexo, envolvendo, além dos sujeitos privados que normalmente o fazem, também os Estados, e, quando se fala em Estado, não se pode deixar de falar de Direito Administrativo (e conjuntamente de Direito Econômico). Estes ramos do Direito foram uns dos que mais evoluíram desde o século passado, principalmente com as contribuições da doutrina francesa. Além disso, o agigantamento estatal que passa a ocorrer após as duas grandes guerras revestiu o Direito Administrativo de grande importância, pois ele é o aparato jurídico do qual se vale o Estado para resguardar o interesse público.

Inseridos no contexto internacional, os Estados, que antes mantinham vínculos jurídicos externos primordialmente com outros Estados, passam a necessitar também de particulares (ou, mais propriamente, empresas) de outros Estados, especialmente no que tange ao comércio; p. ex., se o país não detém o conhecimento de determinada tecnologia de construção de usinas hidrelétricas, terá de contratar uma empresa estrangeira especializada, e fará isso através de um contrato administrativo, ou mais especificamente, contrato administrativo internacional. Segundo Allan BREWER-CARÍAS,

“El tema de los contratos administrativos, no parece necesario insistir en ello, es uno de los temas medulares del derecho administrativo. De allí que todos los que hemos tenido que estudiar y escribir sobre esta rama del derecho, alguna vez nos hayamos tenido que enfrentar con su análisis, y con las dificultades que entraña. En nuestra disciplina, en efecto, si hay un tema difícil de asir, es precisamente este: aparentemente sencillo, implica una toma de posición general sobre ella”<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> *Contratos Administrativos*, p. 13.

Assim, o estudo dos contratos administrativos internacionais é de grande importância, eis que permite a compreensão do papel do Estado num contexto globalizado, focado no prisma do comércio internacional.

Primeiramente, o presente estudo abordará o contrato administrativo: sua caracterização como contrato, a evolução do instituto na França e na Alemanha, seus elementos característicos, seu enquadramento e, por fim, sua evolução histórica no Brasil.

Em seguida, explicamos conceitos de Direito Internacional necessários à compreensão do tema: hierarquia legislativa dos Tratados Internacionais no Brasil, contrato internacional e autonomia da vontade para o Direito Internacional Privado.

Por último, dando desfecho à matéria pesquisada, estudaremos o caso específico dos contratos administrativos internacionais, definindo seu conceito, sua correlação com institutos do comércio internacional privado e, ao final, mostramos como os Tratados Internacionais tratam o tema.

## 2. Contrato administrativo: enquadramento

### 2.1. O contrato como categoria geral do direito

Muito se discute se o contrato administrativo é efetiva e conceitualmente um “contrato”. Isso porque, apesar de haver similitude com o contrato privado, com este não se identifica, uma vez que possui certas características que lhe são próprias, como a limitação da autonomia da vontade do particular em razão do interesse público e a presença de cláusulas exorbitantes do direito comum, entre outras.

Analisando as características das duas figuras, é possível afirmar que há um núcleo comum entre elas, ou seja, em ambas há elementos e princípios coincidentes, sem os quais ficaria descaracterizada a tipologia *contrato*.

Esclarece Orlando GOMES que o "*Contrato* é (...) o negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regularam"<sup>2</sup>. Assim, todo e qualquer negócio jurídico bilateral ou plurilateral em que haja regulação do conteúdo pelas partes é um contrato.

Complementa Hely Lopes MEIRELLES que "Todo contrato - privado ou público - é dominado por dois princípios: o da lei entre as partes (*lex inter partes*) e o da observância do que pactuaram (*pacta sunt servanda*)."<sup>3</sup>

Também Manoel de Oliveira FRANCO SOBRINHO, que diz que “Acordo de vontades, bilateralidade ou pluralidade, criação de uma situação jurídica, fazem um contrato e também o contrato administrativo”<sup>4</sup>.

Verifica-se, então, que há um *contrato-gênero*, que, conforme os elementos e princípios presentes em seu bojo se especifica, ou seja, se divide em espécies,

---

<sup>2</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*, p. 10.

<sup>3</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*, p. 180.

<sup>4</sup> FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Contratos Administrativos*, p. 06.



tais como o contrato privado propriamente dito, o contrato administrativo, o contrato de trabalho, entre outros. Assim, podemos verificar a existência de uma verdadeira teoria geral do contrato, que não se liga inicialmente nem ao direito público e nem ao direito privado<sup>5</sup>. Por isso José CRETELLA JÚNIOR é claro ao afirmar que “Le contrat c’est une *catégorie juridique*.”<sup>6</sup>.

Atualmente, a maioria dos administrativistas considera o contrato como um gênero. Fernando Vernalha GUIMARÃES, enquadrando o contrato na Teoria Geral do Direito, assevera que ele adquire feições próprias de acordo com o regime jurídico em que se situa, havendo

“um núcleo conceitual comum que atrai a incidência de postulados específicos, os quais, cuidando da regulação de aspectos gerais e fundamentais acerca da relação jurídica que se estabelece, acarretam a configuração de um instituto-gênero: o contrato. Assim, em todos os contratos concebe-se, por exemplo, a incidência do *pacta sunt servanda* e da *lex inter partes*”<sup>7</sup>.

Também Allan BREWER-CARÍAS, que assevera que

“...el contrato (...) es una *institución general a todo el Derecho*, por lo que no es una figura propia de una rama jurídica específica; és común al derecho civil, al derecho mercantil, al derecho laboral y al derecho administrativo; y se lo califica de civil, mercantil, del trabajo o administrativo, cuando se le suman, a sus características básicas y genéricas, las notas peculiares y específicas del régimen regulado en esas ramas del derecho”<sup>8</sup>.

No mesmo sentido o ensinamento de Romeu Felipe BACELLAR FILHO:

---

<sup>5</sup> Já em 1876 Laband teorizou sobre o contrato de direito público (onde se enquadram os contratos administrativos) como espécie da categoria geral do contrato, no que foi seguido por juristas de relevo, como Rafael BIELSA (em *Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración*, v. 1, p. 118 e ss.).

<sup>6</sup> CRETELLA JR., José. *Droit administratif comparé*, p. 205.

<sup>7</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*: interpretação de dispositivos da Lei 8.666/1993, p. 27, nota 3.

<sup>8</sup> Ob. cit., p. 42.

“A nosso ver, o contrato é uma categoria jurídica que não pertence nem ao direito privado nem ao direito público, com caráter de exclusividade. Insere-se no direito e como tal deve ser estudado. Quando o estudo do contrato desenvolve-se na esfera do direito público, mais propriamente no campo de atuação do direito administrativo, é inobjetével a sua subordinação às regras e peculiaridades do regime jurídico administrativo, caracterizado, este, por um misto de prerrogativas e sujeições”<sup>9</sup>.

O autor ainda explicita que o contrato é uma *categoria geral do direito* que abarca tanto um viés privado quanto um público, sendo que “... a teoria geral do contrato é a mesma para os contratos privados e para os contratos públicos, que têm como *espécies* os contratos administrativos e os acordos internacionais”<sup>10</sup>.

Mário MASAGÃO adota semelhante posicionamento ao afirmar que “...o contrato não é figura peculiar ao direito privado. Seu conceito pertence à teoria geral do direito, e suas manifestações tanto surgem em matéria civil e comercial como no campo do direito publico interno e externo”<sup>11</sup>.

Também MEIRELLES, para o qual “A *teoria geral do contrato* é a mesma para todo o gênero contratual, mas as peculiaridades da espécie *contrato administrativo* são regidas por normas próprias do direito publico e se sujeitam a preceitos específicos da Administração”<sup>12</sup>.

Os que ainda defendem a tese de que contrato é apenas aquele regido pelo direito privado, negando, deste modo, a existência de um contrato administrativo, são os que ainda ligam o termo *contrato* ao ramo em que se originou tal figura<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*, 3. ed., p. 126.

<sup>10</sup> BACELLAR FILHO, R. F.. Ob. cit., p. 111, grifo nosso.

<sup>11</sup> MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*, p. 295.

<sup>12</sup> MEIRELLES, H. L.. Ob. cit., p. 180.

<sup>13</sup> Nesse sentido esclarece Allan BREWER-CARÍAS que “El hecho histórico de que el contrato, como institución, haya tenido su origen substantivo en el derecho privado, y que allí haya encontrado su aplicación y regulación más depurada, no puede conducir a la conclusión de que sea una figura exclusiva del derecho civil, y de que a las instituciones contractuales similares que tienen en otros ámbitos jurídicos, haya que construirles, a toda costa, una sustantividad propia”. Ob. cit., p. 42.

No século XIX Otto MAYER já pensava dessa forma, asseverando que o contrato administrativo não poderia ser um contrato *no sentido do direito civil*. O autor, porém, não considerava a figura geral do contrato, mas apenas o contrato privado, e, em sua comparação, por certo que o contrato administrativo não poderia ser um contrato privado, pois estava comparando aquele diretamente com este; como são espécies diferentes de contrato, por certo que eram incompatíveis em vários pontos. Nesse sentido é que Marçal JUSTEN FILHO não concorda ser o contrato administrativo pertencente ao gênero contrato, pois afirma que “Essa discussão – clássica no Direito Administrativo – reflete a tentativa de adaptar os conceitos de direito privado para o âmbito do direito público”<sup>14</sup>.

Entre os que negam a existência de um contrato administrativo podemos citar também Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO<sup>15</sup>, para o qual o contrato administrativo nada mais é que um ato-união com o particular<sup>16</sup>. Segundo o autor, aquilo que se convencionou chamar de contrato administrativo rege-se, “segundo o direito positivo nacional, estritamente, pelos mesmos princípios gerais do direito privado dispostos no Código Civil”<sup>17</sup>.

Adota a mesma linha Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO: “...entendemos que esta rotulação 'contrato administrativo' tem sido utilizada de maneira imprópria

---

<sup>14</sup> *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 31 (grifo nosso). Comprova a afirmação também o seguinte trecho, em que discorre sobre os contratos administrativos: “Existem diferenças sensíveis, pois são restringidos os princípios da autonomia da vontade e da obrigatoriedade das convenções, que se encontram na base da teoria dos contratos no direito privado”, p. 31; também este: “é desnecessária e inútil a importação de institutos de direito privado para o direito público”, p. 485, nota 3, (grifo nosso).

<sup>15</sup> “O ilustre mestre brasileiro Oswaldo Aranha Bandeira de Mello mantém opinião clara e firme com respeito à inexistência dos contratos administrativos, trazendo à colação argumentos que levam a total discricionariedade administrativa. Contudo, o simples *negar* constitui uma maneira hábil de *afirmar*. Ao que parece, já que o Estado pode contratar-se, mesmo na posição do Prof. Bandeira de Mello, fica provada a existência de relações contratuais”. FRANCO SOBRINHO, M. de O.. Ob. cit., p. 138, nota 3.

<sup>16</sup> O capítulo 56.7 de seu livro chama-se “Inexiste o Contrato Administrativo ou de Direito Público” (ps. 681-687). BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*.

<sup>17</sup> BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. “O contrato de direito público ou administrativo”, p. 31.

e muito infeliz, porque propiciadora de equívocos”<sup>18</sup>. Isso porque, segundo ele, “...o contratual seria apenas o que podia ser objeto de pacto e foi pactuado, a saber: a parte econômica convencional. Logo, só existe contrato com relação a isto. O mais provém de ato unilateral da Administração Pública sob cuja regência coloca-se o particular, sujeitando-se a uma situação cambiável”<sup>19</sup>.

Ora, não é porque o instituto do contrato nasceu e criou suas bases no direito privado que qualquer outra figura que com ele possua pontos em comum mas esteja em outro ramo não deva ser considerado também um contrato<sup>20</sup>. Segundo BREWER-CARÍAS, “el derecho civil ha prestado instituciones al derecho administrativo, y éstas, al resultar comunes, han exigido e impuesto, primero, su diferenciación, y luego, la fijación de su propia sustantividad”<sup>21</sup>. Assim, uma vez que há características em comum entre os contratos privados e os contratos administrativos, considerar que este não é efetivamente um contrato é mera questão semântica<sup>22</sup>, pois se estará considerando a palavra “contrato” como sinônimo de “contrato privado”, desconsiderando o contrato enquanto gênero.

Com a ressalva de que “as classificações não são verdadeiras nem falsas, são úteis ou inúteis”<sup>23</sup>, nos posicionamos no sentido de considerar o contrato como categoria geral pertencente à Teoria Geral do Direito (sendo suas espécies entre outras o contrato privado e o contrato administrativo), pois negar a existência do contrato administrativo é considerar que não há uma categoria geral do contrato, o que acreditamos não ser o posicionamento mais correto.

---

<sup>18</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 590.

<sup>19</sup> BANDEIRA DE MELLO, C. A.. Ob. cit., p. 592.

<sup>20</sup> “Advirta-se que, embora o contrato tenha nascido no seio do direito privado, a sua aplicação na esfera administrativa ganhou contornos próprios. Por essa razão, tratar de princípios *subsidiários* do Direito Civil não é o mesmo que interpretar institutos próprios do direito administrativo à luz do direito privado” BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. “Contrato Administrativo”. In: *Direito Administrativo Contemporâneo: Estudos em Memória de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho* (org. Romeu Felipe Bacellar), p. 315.

<sup>21</sup> Ob. cit., p. 14-15.

<sup>22</sup> “Trata-se, antes de tudo, de uma questão semântica”. GUIMARÃES, F. V.. Ob. cit., p. 29.

<sup>23</sup> CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, p. 72.

## 2.2. Caracterização do contrato administrativo

### 2.2.1. Evolução do instituto no direito estrangeiro

Uma vez enquadrado o contrato administrativo na categoria contrato, necessário se faz definir quais os elementos que o diferenciam das outras espécies contratuais. Antes, porém, vamos ver a evolução do instituto no direito estrangeiro.

A discussão para definir o que seria um contrato administrativo começou no século XIX na França. O Conselho de Estado francês, com competência para julgar as questões de direito administrativo, necessitava estabelecer critérios que definissem quais contratos celebrados pela Administração seriam por eles julgados: “En el nacimiento de esa noción y en la justificación original de la distinción, está la partición de competencias entre la jurisdicción administrativa y la jurisdicción judicial”<sup>24</sup>. Começou aí a discussão sobre o que seria o contrato administrativo e quais os elementos que o diferenciavam do contrato privado<sup>25</sup>.

Inicialmente houve a tentativa de divisão dos atos da Administração em (a) atos de autoridade, regidos pelo direito público, e (b) atos de gestão, regidos pelo direito privado; as questões que envolvessem os primeiros seriam de competência do Conselho de Estado. Como não se encontraram parâmetros bem delimitados

---

<sup>24</sup> BREWER-CARÍAS, A.. Ob. cit., p. 39. Segundo Jean RIVERO, a competência do Conselho era e ainda é definida do seguinte modo: se o contrato é de direito privado a competência é judiciária; se o contrato é administrativo a competência é do Conselho de Estado. *Direito Administrativo*, p. 128 e ss..

<sup>25</sup> “Aos poucos foram absorvidos os traços próprios dos contratos administrativos matizados pela jurisprudência e doutrina francesas, apartando-os dos contratos jurídico-privados celebrados pela Administração, os quais se mantiveram sob a égide do direito comum. A publicização dos contratos administrativos fez nascer a necessidade de erigir critérios de classificação do instituto, no fito de diferenciá-lo do contrato de direito privado da Administração”. GUIMARÃES, F. V.. Ob. cit., p. 75.

para a diferenciação<sup>26</sup>, procurou-se outro critério que melhor definisse a competência do Conselho de Estado.

Com o desenvolvimento do conceito de serviço público na jurisprudência do Conselho de Estado francês, principalmente após o *Arrêt Blanco*, de 8 de fevereiro de 1873, passou-se a usar tal noção para definir a competência do Conselho de Estado. Porém, somente em 1903, com o *Arrêt Terrier*, a noção de serviço público passou a ser usada para caracterizar o contrato administrativo, ou seja, se o objeto do contrato fosse um serviço público seria ele administrativo, e, conseqüentemente, a competência para julgá-lo seria do Conselho de Estado.

Com a perda de prestígio da noção de serviço público o Conselho de Estado buscou outros elementos para caracterizar o contrato administrativo. Encontrou nas “cláusulas exorbitantes do direito comum” o critério distintivo que procurava, deixando o critério do serviço público em segundo plano<sup>27</sup>.

Após novo vigor do conceito de serviço público após a Segunda Guerra Mundial, o Conselho de Estado decidiu por aplicar conjugadamente esse critério com o das “cláusulas exorbitantes” (além dos contratos qualificados como administrativos pela lei). A isso se seguiram inúmeros debates a respeito da hierarquia de um critério sobre o outro, debate este que persiste até hoje na jurisprudência do Conselho de Estado francês, ora pendendo a preferência para o serviço público, ora para as “cláusulas exorbitantes”. Como bem coloca Vernalha GUIMARÃES, “...a coexistência dos critérios das cláusulas exorbitantes e do serviço público encerram um ambiente que, permeado pela incessante busca de

---

<sup>26</sup> A teoria “padece de dois inconvenientes: por um lado, a sua aplicação prática era difícil e incerta e por outro, baseava-se num incorreto desdobramento da atividade da Administração Pública”. ESTORNINHO, Maria João. *Réquier pelo contrato administrativo*, p. 36.

<sup>27</sup> “Com a crise da noção de *serviço público* como noção sistematizadora do direito administrativo, um outro critério foi acolhido pela doutrina e jurisprudência francesas na tentativa de explicar o instituto do *contrato administrativo*: o *critério das cláusulas exorbitantes*”. GUIMARÃES, F. V.. Ob. cit., p. 45.

novos critérios, parece até hoje persistir para fins de qualificação dos contratos públicos”<sup>28</sup>.

Tendo em vista que a influência da doutrina e jurisprudência francesas na seara jurídica brasileira foi deveras relevante, procuramos mostrar, ainda que brevemente, como se deu a evolução do instituto do contrato administrativo na jurisprudência do Conselho de Estado francês<sup>29</sup>.

Vejamos agora o estudo da doutrina alemã, que, apesar de não tão influente no Brasil, é de grande valia para a melhor compreensão da matéria.

O jurista Otto MAYER, ainda no século XIX, considerava que as relações entre a Administração Pública e o particular eram fundadas na autoridade, com uma supremacia do Estado; a relação com o particular não poderia se dar por meio de instrumentos paritários como o contrato<sup>30</sup>. Como bem coloca BACELLAR FILHO, “...para Otto MAYER, um dos fundadores da moderna ciência do direito administrativo, a Administração não poderia contratar, pois lhe cabe mandar unilateralmente”<sup>31</sup>. Assim, ao Estado cabia o papel de ente repressivo e limitador da liberdade individual, o que não era compatível com o viés privatista do contrato.

Em síntese, MAYER dividia seu raciocínio desta forma: no Direito Público havia um desequilíbrio entre as partes, ou seja, o Estado era superior ao particular, não havendo como se manter em um mesmo patamar de direitos e obrigações; no Direito Privado havia a paridade das partes que, no caso específico dos contratos, discutiam livre e igualmente as cláusulas, sem superioridade de uma parte sobre a outra. Caso fosse possível ao Estado vincular-se ao particular

---

<sup>28</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>29</sup> Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO conclui que “No Direito brasileiro os estudiosos se assentaram nos autores franceses. Como os administrativistas franceses pouco mais fazem – em sua maioria e já há muitos anos – senão sistematizar sua jurisprudência, os doutrinadores brasileiros, por vias indiretas, teorizam sobre a jurisprudência francesa na matéria”. Ob. cit., p. 588-589.

<sup>30</sup> Nesse sentido é que o espanhol J. M. Boquera Oliver afirma ser o contrato administrativo uma figura artificial, pois são inconciliáveis os institutos do contrato e do poder administrativo.

<sup>31</sup> BACELLAR FILHO, R. F.. Ob. cit., p. 308.

numa situação paritária, através de um contrato, restaria prejudicado o interesse geral em benefício de um interesse particular<sup>32</sup>.

Fritz FLEINER posicionava-se no mesmo sentido, afirmando que os contratos de Direito Público não eram verdadeiros contratos, pois não havia igualdade entre as partes; o que havia eram dois atos administrativos, um que impunha prestações e outro que concedia vantagens remuneratórias<sup>33</sup>. Saliente-se, porém, que FLEINER admitia excepcionalmente hipóteses de existência de contratos de Direito Público<sup>34</sup>.

Paul LABAND foi quem afirmou, em 1876, que o contrato de direito público seria uma espécie da categoria geral do contrato, ou seja, haveria um contrato-gênero que se dividia em espécies, entre as quais o contrato de direito público. Assim, o contrato administrativo, que era espécie deste, seria mesmo um contrato, ao contrário do que diziam MAYER e FLEINER. Foi LABAND quem formulou as bases teóricas que hoje são usadas para explicar a contratualidade do contrato administrativo.

Outro nome de destaque foi George JELLINEK, que concordava com MAYER ao considerar que Administração Pública e particular não estavam num mesmo plano, mas asseverava que o contrato de Direito Público era uma exceção à sujeição do particular ao Estado. Para JELLINEK, a figura do contrato com a Administração Pública permitia ao particular uma liberdade de sujeição, o que ia de encontro ao pensamento de MAYER, para o qual o particular estava totalmente

---

<sup>32</sup> “A figura contratual comprometeria a função da Administração Pública no Estado de Direito porque, enquanto tutora dos interesses gerais, o vínculo contratual a colocaria em subordinação a interesses particulares”. *Idem*, p. 309.

<sup>33</sup> “Na opinião de Fleiner, só pode haver contrato quando a vontade dos participantes possui influência jurídica igual na relação de direito, uma vez que as relações de Direito Público vêm reguladas de modo unilateral pela Administração. A posição é a mesma de MAYER ao referir-se à vontade pública imposta e à submissão voluntária do particular”. FRANCO SOBRINHO, M. de O.. *Ob. cit.*, p. 141.

<sup>34</sup> BACELLAR FILHO, R. F.. *Ob. cit.*, p. 310.



sujeito ao Poder Público, já que este atuava em defesa de interesses maiores, os da coletividade<sup>35</sup>.

## 2.2.2. Elementos caracterizadores dos contratos administrativos

Todo e qualquer contrato administrativo tem como princípio basilar e fundamental o da supremacia do interesse público. Segundo a doutrina de Marçal JUSTEN FILHO,

“... há pontos de distinção extremamente relevantes entre o contrato (tal como conhecido no direito privado) e o chamado ‘contrato administrativo’. A Administração Pública não pode ser atada e tolhida na consecução do interesse público. Mas isso não significa que os interesses privados possam ser expropriados ou sacrificados em prol do interesse público, sem respeito a limites e garantias constitucionais”<sup>36</sup>.

A consecução do interesse público é o objetivo mor que deve ser buscado pela Administração Pública. Enquanto no comércio entre particulares o que se busca é a máxima lucratividade (geralmente), nos contratos firmados pelo Poder Público o objetivo é a satisfação do interesse público. Para alcançar tal desiderato, deve a Administração firmar-se em posição de supremacia frente ao particular, ao contrário do que ocorre no âmbito privado, em que as partes contratantes encontram-se, *a priori* formalmente, em posição de igualdade.

BACELLAR FILHO explica que “...quando a Administração Pública participa de um contrato, agindo na qualidade de Poder Público, submete-o ao regime jurídico administrativo, impondo-se a observação de indisponibilidade e de supremacia do interesse público”<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> Idem, p. 309.

<sup>36</sup> JUSTEN FILHO, M.. Ob. cit., p. 477.

<sup>37</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*, 3. ed., p. 129.

Também pondera Hely Lopes MEIRELLES que “a Administração afirma a sua supremacia estatal fixando as condições do contrato, embora permita discussão com o particular interessado na contratação para a redação de algumas cláusulas definitivas do negócio administrativo”<sup>38</sup>.

JUSTEN FILHO, por sua vez, coloca que

“As características do contrato administrativo derivam da supremacia do *interesse público* sobre o particular, o que se retrata nas faculdades de a Administração modificar *unilateralmente* alguns aspectos da avença, extingui-la, impor sanções ao particular e exigir em alguns casos o cumprimento das prestações alheias sem observância ao princípio da ‘*exceptio non adimpleti contractus*’ (dentro dos limites que foram significativamente alterados pela Lei n° 8.666)”<sup>39</sup>.

Assim, o contrato administrativo está pautado pelo interesse público, e disso decorre que a Administração é autorizada pela lei (princípio da legalidade) a exercer sua posição de supremacia perante o particular. Tal supremacia é exercida através da presunção de legitimidade dos atos, do controle e fiscalização da execução, da possibilidade de impor sanções ao particular, entre outros casos<sup>40</sup>.

Uma das principais vertentes dessa supremacia se refere às chamadas cláusulas exorbitantes<sup>41</sup>. Segundo Vernalha GUIMARÃES, “As prerrogativas especiais são batizadas pela doutrina de *cláusulas exorbitantes*, as quais se põem implícitas ao pacto, sendo invocáveis mesmo no silêncio do contrato”<sup>42</sup>. Assim, uma vez que há interesse público, autoriza-se o Poder Público a usar tais

---

<sup>38</sup> MEIRELLES, H. L.. Ob. cit., p. 178.

<sup>39</sup> JUSTEN FILHO, M.. Ob. cit., p. 478.

<sup>40</sup> BANDEIRA DE MELLO, C. A.. Ob. cit., p. 589.

<sup>41</sup> Em que pese a nomenclatura não ser a mais correta, pois a chamada “cláusula exorbitante” não precisa constar como cláusula e só é exorbitante em relação ao regime de direito privado, a expressão tornou-se consagrada, motivo pelo qual a utilizaremos.

<sup>42</sup> GUIMARÃES, F. V.. Ob. cit., p. 79.

prerrogativas especiais para a proteção daquele. É por isso que CRETELLA JÚNIOR afirma que “C’est la *clause exorbitante*, ou *dérogatoire* au droit commun, qui, dans la majorité des cas, constitue donc le critère décisif du contrat administratif”<sup>43</sup>.

Necessário se faz transcrever as palavras de BACELLAR FILHO sobre o tema:

“O exemplo mais marcante das prerrogativas refletir-se-ia na presença, no corpo do contrato, ou do reconhecimento pela lei, das chamadas *cláusulas exorbitantes*. A rigor, estas cláusulas inexistem como criação ou estipulação das partes no instrumento do contrato. O que há de certo é que o regime jurídico administrativo faz exsurgir emanações decorrentes da preponderância do interesse público configuradoras de prerrogativas que a doutrina acostumou-se a denominar como exorbitantes do direito comum”<sup>44</sup>.

Portanto, como o objetivo ínsito em todas as contratações administrativas é o resguardo ao interesse público, são conferidas à Administração Pública certas prerrogativas especiais, além daquelas já advindas do regime jurídico de direito público. Tais prerrogativas, no que diz respeito aos contratos administrativos, materializam-se nas cláusulas exorbitantes, que conferem supremacia à Administração Pública face o particular. Esse é um dos pontos que tornam peculiares os contratos administrativos em comparação com as outras tipologias contratuais, em especial o contrato de direito privado.

Deve restar claro que, apesar de não haver isonomia entre as partes contratantes no contrato administrativo (em razão da supremacia da Administração Pública), deve haver isonomia entre os que concorrem<sup>45</sup>, através de licitação, para contratar com o Poder Público. A isonomia entre os concorrentes é

---

<sup>43</sup> CRETELLA JÚNIOR, J. Ob. cit., p. 208.

<sup>44</sup> BACELLAR FILHO, R. F.. *Direito Administrativo*, p. 127.

<sup>45</sup> O verbo “concorrer” utilizado aqui não denota apenas a modalidade de licitação “concorrência”, mas também todas as outras modalidades.

garantida tanto pela Carta Magna (art. 37, XXI) quanto pelo art. 3º, caput, e § 1º da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Outro ponto característico dos contratos administrativos refere-se ao modo como a autonomia da vontade é albergada na seara jus-administrativa. O contrato enquanto gênero se assenta sob a máxima da autonomia da vontade, ao menos para a formação do vínculo contratual<sup>46</sup>. Assim, nenhum contrato pode ser imposto a outrem sem a anuência deste, fator que o diferencia de outros fatos jurídicos. Assim é que BACELLAR FILHO afirma que, “Como consectário de uma obrigação, o contrato resulta de um acordo de vontades. A autonomia da vontade é elemento imprescindível a ser observado em qualquer contratação”<sup>47</sup>.

É necessário especificar que a autonomia da vontade, nos contratos administrativos, possui um duplo viés, que difere quando se está a analisar um ou outro lado da relação contratual administrativa, ou seja, a (por ora chamada) autonomia da vontade da Administração Pública difere da autonomia da vontade do particular contratante, já que não há igualdade jurídica entre as partes. Trataremos desta última primeiramente.

Sendo que em ambos – contratos administrativos e contratos de direito privado – está presente a autonomia da vontade, o que difere um do outro, nesse tema, é precisamente o grau de limitação: nos contratos administrativos a autonomia da vontade é extremamente limitada para o particular, diferentemente do contrato privado, onde impera a liberdade contratual entre as partes (dentro do espectro de possibilidades das normas dispositivas ou fora das proibições das normas cogentes)<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> “Essa depuração do conceito de *autonomia da vontade* conduziu à aceitação de que a *liberdade jurídica* essencial ao conceito de contrato é aquela de vincular-se à relação jurídico-contratual, e não a de formular, no todo ou em parte, o objeto do contrato”. GUIMARÃES, F. V.. Ob. cit., p. 32.

<sup>47</sup> BACELLAR FILHO, R. F.. *Direito Administrativo*, p. 126.

<sup>48</sup> “...le *contrat administratif* est bien un accord de volontés, mais il ne constitue pás la *loi des parties*”. CRETELLA JÚNIOR, J.. Ob. cit., p. 209.

Saliente-se que, no contrato administrativo, o acordo de vontades se dá apenas para a *formação* do vínculo jurídico entre as partes, e não para uma livre e aberta discussão das cláusulas contratuais<sup>49</sup>. Assim, o princípio basilar dos contratos, a autonomia da vontade, no contrato administrativo somente aparece como autonomia para participar da licitação (e talvez futura contratação), uma vez que é a Administração, em sua posição de supremacia, quem dita as “regras do jogo”, isto é, os termos do edital e do futuro contrato, prevalecendo a *unilateralidade* da “vontade pública” em detrimento da vontade do particular<sup>50-51</sup>. Este apenas decide sobre termos secundários, como quanto ao tipo de garantia que oferecerá, procedimentos de execução específicos, entre outros aspectos menos relevantes. FRANCO SOBRINHO bem resume o tema quando diz que

“O que distingue o contrato administrativo do contrato comum não é somente o acordo consensual. A distância ou a distinção é de causa ou motivação, de finalidade a atingir, de interesse público ou de serviço público. Vale o *querer* da Administração. A norma que protege a atividade administrativa. A lei e a maneira no exercício dos direitos. A legitimidade consagrando efeitos jurídicos”<sup>52</sup>.

É necessário ressaltar que “...não se pode negar a existência de contrato entre a Administração e o particular sob o fundamento de que este não poderá discutir as cláusulas pactuadas, as quais resultam previamente postas pela

<sup>49</sup> Nesse sentido: “...temos de frisar como um dos traços definidores do contrato administrativo a *autonomia da vontade do particular*, relacionada, pelo menos, à formação do vínculo. Se o particular não desejar formar o vínculo, à Administração Pública não caberá constrangê-lo”. FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, p. 498.

<sup>50</sup> “...a vontade do particular é livre ao contratar com a Administração, é livre para formar o vínculo. Todavia, não é no referente às cláusulas a aderir por força do edital, da proposta etc..”. Idem, *ibidem*.

<sup>51</sup> Por isso Jean RIVERO afirma que “...o direito administrativo pediu emprestadas algumas de suas categorias (contrato, responsabilidade) à tradição romana, mas, de um lado, tais conceitos são entendidos em sentidos diversos: o *contrato administrativo*, embora seja *acordo de vontades*, não constitui a ‘lei entre as partes’”. Ob. cit., p. 140. MEIRELLES salienta que “...é um acordo de vontades (e não um ato unilateral e impositivo da Administração)”. Ob. cit., p. 182.

<sup>52</sup> FRANCO SOBRINHO, M. O.. Ob. cit., p. 04.

Administração”<sup>53</sup>. Isso porque, atualmente, inclusive nos contratos de direito privado a autonomia da vontade vem sendo limitada cada vez mais por meio de normas cogentes de Direito Civil ou de novas tipologias contratuais; o exemplo mais claro destas é o contrato de adesão<sup>54</sup>, que nos moldes contratuais privados do século XIX nem seria considerado um contrato, uma vez que a maioria das cláusulas não pode ser discutida pelas partes. Segundo BREWER-CARÍAS, “...queda claro que la misma igualdad, tan preconizada como base de la institución contractual del derecho privado, no es de la esencia de los contratos. Allí están los contratos de adhesión en el propio derecho privado para desmentir tal afirmación”<sup>55</sup>. Por isso, não há porque descaracterizar a contratualidade do contrato administrativo sob o argumento de que suas cláusulas não são discutidas<sup>56</sup>, já que a não discussão das cláusulas também ocorre no Direito Civil, com o contrato de adesão, mas não faz com que este deixe de ser considerado um contrato. Com razão argumenta Enzo ROPPO que “Na evolução da teoria e da disciplina dos contratos verifica-se (...) uma tendência para a progressiva redução do papel e da importância da vontade dos contraentes, entendida como momento psicológico da iniciativa contractual”<sup>57</sup>.

---

<sup>53</sup> GUIMARÃES, F. V.. Ob. cit., p. 34.

<sup>54</sup> "no esquema clássico do contrato privado as partes elaboram em comum as condições do seu acordo, no decurso de uma livre discussão. Na prática essa discussão desaparece muitas vezes: uma das partes fixa as condições do contrato, que a outra parte só pode aceitar ou rejeitar em bloco; existe nesse caso um *contrato de adesão*". RIVERO, J.. Ob. cit., p. 142-143. No mesmo sentido Vernalha GUIMARÃES, que afirma que, com os contratos de adesão, “...a vontade aludida como peça estrutural do vínculo contratual passa a afigurar-se muito mais como atitude objetiva de aderir a regras postas, isto é, de declarar a aceitabilidade (se obrigando) a regras estatuídas”. Ob. cit., p. 32.

<sup>55</sup> Ob. cit., p. 15.

<sup>56</sup> “observe-se que a minuta do contrato administrativo constitui anexo do edital de licitação, merecendo publicação conjunta com este. Ou seja, à Administração Pública cabe a determinação do conteúdo do contrato, o que leva uma parte da doutrina a considerá-lo um contrato de adesão”. BACELLAR FILHO, R. F.. Ob. cit., p. 114.

<sup>57</sup> ROPPO, Enzo. *O Contrato*, p. 297.

Deste modo, a fase de negociações, de relativa importância nos contratos privados, fica mitigada nos contratos administrativos, pois pouco há para negociar livremente<sup>58</sup>: os termos já estão no edital; ou se os aceita, ou não<sup>59</sup>. Mas e a possibilidade de impugnar o edital, no todo ou em parte, não seria uma forma de negociar, ou melhor, de o particular expressar sua vontade e seus termos? Respondemos pela negativa, uma vez que a impugnação do edital só é possível quando se verifica que o edital feriu os princípios constitucionais e administrativos – principalmente o da legalidade e o da moralidade administrativa –, ou seja, o que ocorre é um controle de moralidade e legalidade da licitação e do futuro contrato pelo fato de o particular acreditar que está sendo ou será prejudicado no certame<sup>60</sup>; isso, porém, não é o mesmo que *poder de discutir as cláusulas*, pois em verdade o particular prejudicado quer que a vontade *da lei* seja cumprida, e não propriamente a sua vontade.

Com relação à “autonomia da vontade” da Administração Pública, a aplicação da terminologia deve ser evitada, pois se se considerar as peculiaridades do regime jurídico de direito público verificar-se-á que o vocábulo *vontade* não é o mais adequado; o mais correto seria dizer que a Administração possui uma margem de discricionariedade previamente delimitada por lei, ou seja, a “vontade” da Administração é aquela que consta na norma jurídica. Nesse

---

<sup>58</sup> Apesar de parecer redundante o termo “negociar *livremente*”, mantém-se o advérbio, uma vez que o termo “negociar” muitas vezes é usado nos contratos administrativos, que, conforme já se explicitou, praticamente não são *livres* para o particular.

<sup>59</sup> Por isso Jean RIVERO aduz que a liberdade do particular contratante “...só se refere à aceitação ou à recusa em bloco das condições propostas”. Ob. cit., p. 143.

<sup>60</sup> “El interés público, no es de algunos por ser de todos. En la afirmación, categórica por excelencia, se asienta una regla coercitiva universal de conducta. Lo que se impone, frente a la limitación discrecional estatal, es que los casos particulares no se motiven solamente en la legalidad, sino que al menos se afirmen por medios que no hieran la moralidad administrativa”. FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. “Las prácticas administrativas y el control de la moralidad”. In: *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, n. 17, p. 32.

sentido é a afirmação de Fernando Vernalha GUIMARÃES de que a vontade do Poder Público é do tipo normativa<sup>61</sup>.

Marçal JUSTEN FILHO chega a asseverar que “É questionável a própria aplicação do princípio da autonomia da vontade ao chamado 'contrato administrativo'”, pois “A Administração Pública não exercita uma 'vontade' no sentido psicológico”<sup>62</sup>. Também Lúcia Valle FIGUEIREDO adota posicionamento semelhante, afirmando que só o particular tem autonomia da vontade, e ainda assim só para a formação do vínculo<sup>63</sup>.

Complementa ainda Vernalha GUIMARÃES que “...é certo que a Administração Pública ressent-se do que se chama de 'autonomia contratual' (de vontade), que se distingue, em essência, de discricionariedade”<sup>64</sup>. Segundo o autor, a teoria da vontade, que considerava aspectos psicológicos da manifestação, deu lugar à teoria da declaração, a qual delimitou objetivamente o tema<sup>65</sup>. Por isso, considera-se que a Administração Pública não exerce uma vontade psicológica/subjetiva, mas sim uma vontade objetiva/funcional que decorre do regime jurídico de direito público, de acordo com os fins definidos na lei<sup>66</sup>. Já em 1937 Manoel de Oliveira FRANCO SOBRINHO adotava tal posicionamento ao afirmar que “O contracto [de direito público] se realiza de conformidade com um fim determinado, predominando o interesse geral sobre o interesse particular. É o fim que determina a especie de contractação”<sup>67</sup>.

Nem se queira dizer que a vontade dos agentes públicos incumbidos de realizar a licitação e posterior contratação é que perfaz a vontade da Administração, pois não há uma vontade independente do órgão ao qual se vinculam; se há tal vontade independente, o ato que por ela surja será ilegal, eis

---

<sup>61</sup> Ob. cit., p. 33.

<sup>62</sup> JUSTEN FILHO, M.. Ob. cit., nota da pág. 34.

<sup>63</sup> FIGUEIREDO, L. V.. Ob. cit., p. 478-481.

<sup>64</sup> Ob. cit., p. 31, nota 9.

<sup>65</sup> Idem, p. 30 e ss.

<sup>66</sup> Idem, p. 30-31

<sup>67</sup> *Do Conceito do Contracto Administrativo*, p. 29.



que diversa do fim/vontade da lei<sup>68</sup>. Assim é que se considera que o órgão é quem pratica o ato por meio do agente, e a “vontade” que induz a prática de tais atos é exatamente o fim contido na lei<sup>69</sup>.

Em suma, o que se chama de vontade da Administração é, pois, o próprio fim contido na lei. Por isso, falar em “autonomia da vontade” da Administração não é o modo mais adequado para se referir aos fins que motivaram o movimento da Administração para contratar.

### 2.2.3. Conceitos de contrato administrativo

Verificadas as principais características dos contratos administrativos – as prerrogativas especiais e a autonomia da vontade limitada –, já podemos buscar um conceito de contrato administrativo, buscando defini-lo como espécie do gênero contrato, ou, mais especificamente, do gênero contratos da Administração Pública.

Para José CRETELLA JÚNIOR “*Constat administratif c’est tout accord de volontés don’t l’Administration participe, qui a pour objectif direct la satisfaction des intérêts publics et qui est soumis à un regime juridique de droit public, exorbitant et dérogatoire du droit commun, informe par des principes publicistiques*”<sup>70</sup>.

Fernando Vernalha GUIMARÃES pontua que “No Direito Brasileiro define-se *contrato administrativo* como a avença celebrada pela Administração Pública (ou por quem lhe faça as vezes) e terceiro pelo qual se pactuam direitos e deveres

---

<sup>68</sup> Amaro CAVALCANTI leciona que “...feita muito embora a distinção entre *órgãos* e *funcionários*, fique desde já advertido que os últimos não são simples instrumentos dos primeiros; pelo contrário, sob o ponto de vista jurídico, são igualmente *representantes do Estado*, ainda que de competência muito mais limitada, e como tais, capazes de *obrigar civilmente* o Estado pelas conseqüências lesivas de seus atos”. *Responsabilidade Civil do Estado*, p. 142, nota 13.

<sup>69</sup> Não entraremos em mais detalhes sobre se o ato é considerado praticado pelo órgão ou pela pessoa jurídica ao qual ele se vincula, pois tal discussão foge aos limites deste trabalho.

<sup>70</sup> Ob. cit., p. 209.

cujo objeto mediato consista na prestação de bens e serviços, os quais se relacionam com o interesse público primário a ponto de exigir, em abstrato, a tutela administrativa, traduzida na utilização de prerrogativas especiais”<sup>71</sup>.

Carlos Ari SUNDFELD coloca que administrativo é “o contrato (isto é, o vínculo sinalagmático e obrigatório, consensualmente estabelecido) celebrado entre a Administração – ou quem lhe faça as vezes – e terceiro, em que: a) a determinação exata do objeto é feita posteriormente à sua celebração, por atos administrativos unilaterais; b) as pretensões da Administração se materializam em decisões auto-executórias; e c) é intangível o equilíbrio da equação econômico-financeira inicialmente estabelecido”<sup>72</sup>.

Para Romeu Felipe BACELLAR FILHO “o contrato administrativo define-se como toda avença travada entre a Administração Pública e terceiros na qual a permanência do vínculo e as condições de seu cumprimento estão sujeitas a imposições de interesse público, assegurada, em qualquer circunstância, a proteção do patrimônio privado do contratante”<sup>73</sup>.

Marçal JUSTEN FILHO coloca que “O contrato administrativo identifica-se como um acordo de vontades entre um órgão da Administração Pública e um particular, que produz direitos e obrigações para ao menos uma das partes”<sup>74</sup>. O autor não concorda que o contrato administrativo seja do gênero contrato, pois “é desnecessária e inútil a importação de institutos de direito privado para o direito público”<sup>75</sup>.

Hely Lopes MEIRELLES aduz, por sua vez, que “*Contrato administrativo* é o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com o particular ou com outra entidade administrativa, para a consecução de objetivos de

---

<sup>71</sup> Ob. cit., p. 76-77.

<sup>72</sup> *Licitação e Contrato Administrativo*, p. 214.

<sup>73</sup> *Direito Administrativo*, 3. ed., p. 113.

<sup>74</sup> Ob. cit., p. 485.

<sup>75</sup> Idem, ibidem, nota 3.

interesse público, nas condições desejadas pela própria Administração"<sup>76</sup>. Complementa dizendo que "Não é o objeto, nem a finalidade ou o interesse público que caracterizam o contrato administrativo"<sup>77</sup>.

Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, em que pese seu posicionamento pela inexistência de uma contratualidade administrativa, afirma que 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>78</sup>.

Jean RIVERO assevera que, além dos contratos administrativos definidos como tais pela lei, há de se estudar os contratos administrativos por sua própria natureza. Nesse caso, três elementos são necessários para a caracterização: 1) uma das partes deve ser pessoa de direito público; 2) o objeto do contrato deve estar ligado à execução de um serviço público; 3) possuir "cláusula exorbitante do direito comum". Os dois últimos são elementos alternativos, devendo-se atender a pelo menos um deles<sup>79</sup>, e "a condição relativa às partes é pois necessária, mas não suficiente"<sup>80</sup>.

O conceito legal está na Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que define o contrato administrativo como sendo o seguinte:

*"art. 2º, parágrafo único: Para os fins desta Lei, 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."*

---

<sup>76</sup> Ob. cit., p. 181-182.

<sup>77</sup> Licitação e Contrato Administrativo. 10. ed, p. 183.

<sup>78</sup> Ob. cit., p. 592-3.

<sup>79</sup> Ob. cit., p. 133.

<sup>80</sup> Idem, p. 134.

Analisando-se a Teoria Geral dos Contratos, verificamos que o contrato administrativo caracteriza-se como um ajuste bilateral, consensual, formal, comutativo, oneroso e *intuitu personae*<sup>81</sup>.

Dos vários conceitos mostrados, podemos constatar os principais elementos conceituais que especificam o contrato administrativo enquanto tal:

a) é um vínculo contratual que surge por acordo de vontades, pelo menos para a formação do vínculo, estipulando direitos e obrigações para ambas as partes;

b) as condições são estabelecidas pela Administração Pública, unilateralmente, se assim o desejar;

b) em um dos pólos há de constar necessariamente a Administração Pública (ou quem lhe faça as vezes); no outro pólo um terceiro, que para uns é apenas o particular, para outros também entes da Administração Pública;

c) o acordo é regido pelos princípios publicísticos advindos do regime jurídico de direito público, com as prerrogativas especiais que lhe são inerentes;

d) há presença de interesse público primário na relação, sempre;

e) o interesse econômico do contratante fica resguardado (intangibilidade do equilíbrio da equação econômico-financeira inicialmente estabelecido).

Para que haja uma maior precisão conceitual, faz-se necessário mostrar brevemente as diferenças entre os contratos administrativos e os convênios administrativos<sup>82</sup> e consórcios públicos<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> Sobre esta última característica, vide “Considerações acerca da Modificação Subjetiva dos Contratos Administrativos”, de Marçal JUSTEN FILHO, publicado em *Direito Administrativo Contemporâneo: Estudos em Memória de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*, (org. Romeu Felipe Bacellar). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 185-210.

<sup>82</sup> Regulados pela Lei nº 11.107, de 06 de abril de 2005.

<sup>83</sup> Não nos ateremos à diferenciação entre convênios administrativos e consórcios públicos, pois isso foge ao tema e ao objetivo do presente trabalho.

Segundo Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, "...convênios e consórcios diferem da generalidade dos contratos administrativos porque, ao contrário destes, não há interesses contrapostos das partes, mas interesses coincidentes"<sup>84</sup>.

Hely Lopes MEIRELLES pondera da mesma maneira, mas se refere apenas a convênios, dizendo que são "acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes"<sup>85</sup>.

Também Romeu Felipe BACELLAR FILHO, que assevera que "...a lei instituidora revela característica inerente aos consórcios e aos convênios, que é o alcance de um objetivo comum, a ser perseguido pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios"<sup>86</sup>. Referindo-se especificamente ao convênio, o autor explica que ele se diferencia do contrato "...pelo interesse comum que percebe (no contrato o interesse das partes é contraposto)"<sup>87</sup>.

Já Odete MEDAUAR posiciona-se em sentido contrário, afirmando que "parece igualmente difícil raciocinar em termos de existência ou inexistência de obrigações recíprocas para diferenciar contratos de convênio. Os convênios implicam, claramente, encargos recíprocos"<sup>88</sup>.

Com a devida vênia à Odete MEDAUAR, acreditamos serem mais corretas as primeiras posições (Celso Antônio, Hely Lopes e Romeu Felipe). É claro que pode haver encargos recíprocos nos convênios e consórcios, mas como o fim principal da avença é um objetivo comum, nisso reside a diferença essencial, que deve ser considerada.

---

<sup>84</sup> Ob. cit., p. 635.

<sup>85</sup> *Direito Municipal Brasileiro*. 3a ed. São Paulo: RT, 1977, p. 481.

<sup>86</sup> Ob. cit., p. 149.

<sup>87</sup> *Idem*, p. 150.

<sup>88</sup> *Direito Administrativo Moderno*, p. 272.

Convém citar a Lei de Licitações do Estado da Bahia (Lei nº 9.433/05), que fornece uma boa definição de convênio, apontado os traços que o distinguem dos contratos administrativos:

*“Art. 170 - Constitui o convênio uma forma de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas, buscando a consecução de objetivos de interesse comum, por colaboração recíproca, distinguindo-se dos contratos pelos principais traços característicos:*

*I - igualdade jurídica dos partícipes;*

*II - não persecução da lucratividade;*

*III - possibilidade de denúncia unilateral por qualquer dos partícipes, na forma prevista no ajuste;*

*IV - diversificação da cooperação oferecida por cada partícipe;*

*V - responsabilidade dos partícipes limitada, exclusivamente, às obrigações contraídas durante o ajuste”.*

Assim, enquanto no contrato administrativo os interesses das partes são contrapostos – uma parte visa o objeto do contrato e a outra o pagamento pelo mesmo, ou seja, os interesses não são coincidentes<sup>89</sup> –, nos convênios e consórcios públicos os interesses dos participantes coincidem, ou seja, há um objetivo comum buscado por aqueles que se associam<sup>90</sup>. O que varia entre os participantes é o grau de cooperação de um e de outro, não havendo contraprestação financeira entre eles.

Saliente-se que não é porque os interesses são coincidentes se possa dizer que não há um contrato de convênio ou de consórcio, pois a Teoria Geral do

---

<sup>89</sup> Segundo JUSTEN FILHO, “cada parte vale-se do contrato para atingir a um fim que não é compartilhado pela outra”, e “...não há comunhão de interesses ou fim comum a ser buscado”. Ob. cit., p. 661.

<sup>90</sup> A reciprocidade do interesse aparece no Decreto nº 93.872/86, em seu art. 48: “Os serviços de interesse recíproco dos órgãos e entidades de administração federal e de outras entidades públicas ou organizações particulares, poderão ser executados sob regime de mútua cooperação, mediante convênio, acordo ou ajuste”.

Direito separa os contratos em dois tipos, de acordo com o interesse de cada parte: os que possuem interesses em comum e os que possuem interesses diversos<sup>91</sup>. Convênios e consórcios enquadram-se no primeiro tipo; contratos administrativos no segundo<sup>92</sup>. Assim, o vínculo que surge nos consórcios e convênios públicos é de natureza contratual<sup>93</sup>, mas com isso não se queira dizer que os mesmos são contratos administrativos: ambos enquadram-se no gênero contratos públicos<sup>94</sup>.

Prudente lembrar que Manuel de Oliveira FRANCO SOBRINHO utiliza a seguinte nomenclatura: “É interorgânico ou interadministrativo aquele contrato concluído entre entidades públicas estatais. Ganha vida jurídica nos convênios e tratados, no ajuste de colaboração em que as partes, diante do interesse maior, cada uma dá à outra condições reais que possibilitem a realização de serviços”<sup>95</sup>.

No mesmo sentido Hector Jorge ESCOLA, que afirma que “nos contratos interadministrativos as partes se encontram em uma situação de igualdade, sem subordinarem-se umas às outras, em virtude de uma verdadeira coordenação, não

---

<sup>91</sup> O mesmo Decreto confunde o gênero com a espécie em seu art. 48, §1º, que diz o seguinte: “Quando os participantes tenham interesses diversos e opostos, isto é, quando se desejar, de um lado, o objeto do acordo ou ajuste, e de outro lado a contraprestação correspondente, ou seja, o preço, o acordo ou ajuste constitui contrato”.

<sup>92</sup> JUSTEN FILHO assevera que “É usual o entendimento de que a diferença entre contrato e convênio administrativos reside na qualidade das partes: os convênios seriam ajustes firmados entre pessoas integrantes da Administração Pública. A asserção é incorreta. Podem, mesmo, existir contratos administrativos em que ambas as partes integram a estrutura administrativa do Estado”. Ob. cit., p. 661. Com essa última frase o autor se contradiz com seu conceito de contrato administrativo, pois à página 485 afirma que este ocorre entre Administração Pública e *particular*.

<sup>93</sup> JUSTEN FILHO afirma que “O convênio é uma manifestação contratual”, uma vez que os princípios basilares das contratações administrativas devem ser seguidos. Idem, p. 661.

<sup>94</sup> “Os contrato administrativos descendem do gênero *contratos públicos*, o qual compreende, ainda, os acordos internacionais, convênios e consórcios executivos”. GUIMARÃES, F. V.. Ob. cit., p. 26.

<sup>95</sup> Ob. Cit., p. 248-249.

obstante tais contratos afetarem questões de caráter administrativo, pelo objeto que perseguem”<sup>96</sup>.

#### 2.2.4. Classificação e enquadramento dos contratos administrativos

Formulado o conceito de contrato administrativo e mostradas as diferenças em relação às outras figuras contratuais, passemos à sua classificação.

Segundo CRETELLA JÚNIOR,

“Tout type d'accord célébré par l'Administration avec une personne juridique de droit privé ou avec une personne juridique de droit public, ou bien avec un personne physique, on dénomme *contrat de l'Administration*. Il suffit que l'Administration statue des normes avec une autre personne, pour qu'on ait lê contrat de l'Administration. Cette expression est générique et, par conséquent, elle n'éclaircit rien sur la nature des normes pactisées”<sup>97</sup>.

Deste modo, “...le contrat administratif c'est, avant toute autre chose, une espèce du genre contrat de l'Administration”<sup>98</sup>.

O contrato administrativo é, portanto, espécie do gênero contrato da Administração Pública. Ao lado do contrato administrativo figura como espécie também o contrato privado da Administração, com regime predominantemente privado; usa-se a expressão “predominantemente” pois o fim dos contratos da Administração Pública sempre há de ser público, inclusive quando realiza contratos privados, como, p. ex., uma locação<sup>99</sup>. Com relação aos contratos

---

<sup>96</sup> “Noción y caracterización de los contratos administrativos”, p. 125.

<sup>97</sup> Ob. cit., p. 205.

<sup>98</sup> Idem, p. 206.

<sup>99</sup> Em razão disso MEIRELLES nomeia diferentemente os contratos privados da Administração: “*Contrato semi-publico* é o firmado entre Administração e particular, pessoa física ou jurídica, com



administrativos, o regime que se aplica é o de direito público, apenas com aplicação subsidiária das normas privadas<sup>100</sup>. Por isso a afirmação de Vernalha GUIMARÃES de que “...os contratos celebrados pela Administração Pública – todos eles – estão submetidos a um regime de direito público. Podem apenas admitir maior ou menor inflexão de regras de direito privado”<sup>101</sup>. Do mesmo modo BREWER-CARÍAS, que diz que “En materia de contratos de la Administración, entonces, habrá contratos com un régimen preponderante de derecho administrativo o preponderante de derecho civil, o si se quiere, habrá contratos em los cuales la modulación administrativa de los mismos alcanza una mayor o menos intensidad”<sup>102</sup>. Conclui-se, pois, que não há uma separação estanque da influência do regime jurídico de direito público.

Bernardo de SOUZA posiciona-se da mesma maneira ao asseverar que

“... ainda que o Poder Público tenha de se valer de uma contratação típica de Direito Privado (como, v.g., uma compra e venda ou uma locação), deverá fazer a persecução de suas finalidade sempre públicas e de interesse público e só poderá agir sob os comandos dos princípios do Direito Público. É sabido que, mesmo que se distingam, na linguagem doutrinária corrente, em 'contratos de Direito Privado da administração e contratos administrativos (...), uns e outros estão *parificados* pelo menos quanto às condições e formalidades para estipulação e aprovação, disciplinadas pelo *Direito Administrativo*”<sup>103</sup>.

---

predominância das normas pertinentes do direito privado, mas com as formalidades previstas para os ajustes administrativos e relativa supremacia do Poder Publico". Ob. cit., p. 186.

<sup>100</sup> Segundo Eduardo Garcia de ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, “Não existe um único regime jurídico para os contratos administrativos, senão vários regimes distintos a cada lado da linha divisória”. *Curso de Derecho Administrativo*, p. 691. Isso porque cada tipo de contrato administrativo possui regras específicas que o caracterizam, a exemplo do contrato de concessão.

<sup>101</sup> Ob. cit., p. 82.

<sup>102</sup> Ob. cit., p. 42-43.

<sup>103</sup> “A Publicidade dos Contratos da Administração Pública”, p. 56.

Lúcia Valle FIGUEIREDO adota uma classificação diversa, denominando o gênero de “contrato público” e suas espécies de “contrato administrativo” (sob o regime de direito público) e de “contratos da Administração Pública” (regidos pelo direito privado, mas com forte interferência do direito público), uma vez que, segundo a autora, “inexistem contratos privados da Administração”<sup>104</sup>. Com isso ela conclui que

“No Direito Brasileiro não há grande importância em separar contratos administrativos e contratos privados da Administração, pois todos vão se submeter a única jurisdição. É dizer: como não temos dualidade de jurisdição, e sim jurisdição única, quaisquer problemas existentes nos contratos da Administração serão resolvidos perante o Poder Judiciário”<sup>105</sup>.

Para os fins do presente estudo, adotaremos a classificação que separa como espécies do gênero “contratos da Administração Pública” os “contratos administrativos” e os “contratos privados da Administração”.

Questão que suscita debates diz respeito ao disposto no art. 62, § 3º, da Lei nº 8.666/93:

*“Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber:*

*I - 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;*

*II - aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público.”*

O artigo 58 referido define as prerrogativas especiais da Administração Pública em razão do regime jurídico de direito público:

---

<sup>104</sup> Ob. cit., p. 497.

<sup>105</sup> Idem, idibem.

*“O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:*

*I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;*

*II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;*

*III - fiscalizar-lhes a execução;*

*IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;*

*V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.*

*§ 1º. As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.*

*§ 2º. Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.”*

Segundo BACELLAR FILHO, “Os 'privilégios' reconhecidos pelo conjunto normativo afetam as contratações da Administração Pública deixando de ser uma imposição/característica exclusiva das 'contratações administrativas', passando a estigmatizar todas as avenças do Poder Público (§3º do art. 62 da Lei n. 8.666/93)”<sup>106</sup>.

Disso decorre a questão: não estaria a lei aproximando deveras as figuras dos contratos administrativos e dos contratos privados da Administração, uma vez

---

<sup>106</sup> *Curso de Direito Administrativo*, p. 127.

que manda aplicar a estes o regime jurídico de direito público e suas decorrentes prerrogativas especiais “no que couber”?

Conforme salienta Fernando Vernalha GUIMARÃES, “...percebe-se que a Lei 8.666/1993 (§ 3º do art. 62) estendeu aos contratos jurídico-privados o exercício de poderes de autoridade inerentes aos contratos administrativos – o que, aparentemente, pode ter relativizado ainda mais a distinção”<sup>107</sup>. Segundo o autor, as prerrogativas especiais não se aplicam aos contratos privados da Administração<sup>108</sup>, mas apenas aos contratos administrativos, sendo este o principal ponto de diferenciação entre as espécies contratuais; a lei, porém, aproximou as figuras, tornando a distinção entre elas mais nebulosa<sup>109</sup>.

Este também é o posicionamento de Marçal JUSTEN FILHO, que diz que “Os particulares, em contratações disciplinadas preponderantemente pelo direito privado, não se encontram assujeitados aos poderes excepcionais garantidos à Administração Pública. Ser-lhes-á facultado atender ou não ao pleito da entidade administrativa”<sup>110</sup>.

Apesar de aparentemente a lei estar em dissonância com a conceituação doutrinária que preceitua que as prerrogativas especiais decorrentes do regime de direito público somente se aplicam ao contrato administrativo, entendemos que a expressão “no que couber” presente no § 3º do art. 62 permite que a diferenciação subsista. Isso porque a lei não diz para aplicar o regime jurídico de direito público a todos os contratos privados da Administração, mas sim que, em razão de uma das partes ser a Administração Pública, situações peculiares podem surgir. Por

---

<sup>107</sup> Ob. cit., p. 82.

<sup>108</sup> “...os contratos privados não estão sujeitos a tais poderes exorbitantes, porquanto esses contêm pressupostos só possíveis em sede de contrato administrativo” (idem, p. 87), e uma vez “...verificados os pressupostos da ação estatal de instabilização na sede de um contrato jurídico-privado da Administração, é provável que o pacto não seja de direito privado, mas ‘administrativo’” (idem, p. 86, nota 179).

<sup>109</sup> “...se todos os princípios fundamentais dos dois sistemas [de direito público e de direito privado] fossem semelhantes (...) não haveria por que estudar o direito através dessa classificação, que seria inútil”. SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*, p. 144.

<sup>110</sup> Ob. cit., p. 544.

isso, “no que couber”, os preceitos do art. 58 poderão ser aplicados para resolver as questões peculiares. Assim, conclui Vernalha GUIMARÃES que “...a diferença (entre as espécies *contrato jurídico-privado* e *contrato administrativo*) ainda remanesce, sendo que está assentada sobretudo pela possibilidade de manifestação do *ius variandi* unicamente nos contratos administrativos”<sup>111</sup>.

### **2.2.5. Evolução legislativa no Brasil: as leis e os dispositivos constitucionais de hoje e de outrora sobre as contratações administrativas**<sup>112</sup>

A primeira lei a dispor sobre as contratações realizadas pela Administração Pública no direito brasileiro foram as Ordenações Afonsinas, em vigor no Brasil de 1592 a 1824. Consta em seu Título 76, 17, 37:

*“E não se fará obra alguma, sem primeiro andar em pregão, para se dar de empreitada a quem houver de fazer melhor e por menos preço; porém as que não passarem de mil réis, se poderão mandar fazer por jornais, e umas e outras se lançarão em livro, em que se declare a forma de cada uma, lugar em que se há de fazer, preço e condições do contrato. E assim como forem pagando aos empreiteiros, farão ao pé do contrato conhecimento do dinheiro, que vão recebendo, e assinarão os mesmos empreiteiros e o Escrivão da Câmara; e as despesas que os Provedores não levarem em conta, pagá-las-ão os Vereadores, que as mandarem fazer”*<sup>113</sup>.

Em 7 de setembro de 1822, após o Brasil tornar-se independente de Portugal (ou melhor, após deixar formalmente de ser colônia de Portugal), foi promulgada a Constituição, em 25 de março de 1824, que nada dispôs sobre

---

<sup>111</sup> Ob. cit., p. 82.

<sup>112</sup> Optamos por colocar a parte histórica ao final do capítulo pois acreditamos que a evolução do instituto é melhor compreendida se já analisados seus elementos, seu enquadramento e seu conceito.

<sup>113</sup> *Ordenações Afonsinas*. São Paulo: Saraiva, 1957, v.1, adaptada do português arcaico.

contratações pela Administração Pública ou mesmo sobre licitações/arrematações. Em 29 de agosto de 1828 a primeira lei brasileira sobre o assunto entrou em vigor, definindo o caráter contratual da concessão<sup>114</sup>. Até 1862 as contratações da Administração Pública foram reguladas por inúmeros despachos imperiais ou ministeriais que buscavam apenas a solução de problemas pontuais, sem qualquer sistematicidade e generalidade; nesse ano, porém, em 14 de maio, o imperador lançou o Decreto n° 2.926, que regulamentava, com maior sistematicidade, as arrematações dos serviços a cargo do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas. Pelo seu artigo 1° (“Capítulo I: Do Processo das Arrematações”) restava claro que a Administração Pública poderia realizar contratos:

*“Art. 1. Logo que o Governo resolva mandar fazer por contracto qualquer fornecimento, construcção ou concerto de obras cujas despesas corraõ por conta do Ministério da Agricultura, Commercio e Obras Públicas, o presidente da junta, perante a qual tiver de proceder-se á arrematação, fará publicar annúncios, convidando concurrentes, e fixará, segundo a importância da mesma arrematação, o prazo de quinze dias a seis meses para a apresentação das propostas.”*

Esse Decreto não se preocupou em definir quais princípios seriam aplicados aos contratos realizados pela Administração Pública e nem qual seria a natureza jurídica dele, pois qualquer dúvida surgida era respondida e resolvida de pronto pelo Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas, não havendo necessidade de regras objetivas de hermenêutica, conforme se conclui do seguinte artigo do Decreto:

*“Art. 38. Todas as dúvidas e contestações sobre a intelligencia tanto das cláusulas geraes como das especiaes dos contractos, serão resolvidas pelo Ministro da Agricultura, Commercio e Obras Públicas na Corte e nas*

---

<sup>114</sup> MASAGÃO, M.. Ob. cit., p. 299.

*Províncias pelos respectivos Presidentes, quando as circunstâncias requeirão brevidade na decisão.”*

Com a queda do Império houve a proclamação da República em 15 de novembro de 1889, e, em 24 de fevereiro de 1891, a Constituição Federal, que nada dispôs sobre licitações e compras governamentais, limitando-se a falar de contratos da Administração Pública, sem quaisquer especificações, nos seguintes artigos:

*“Art 23 - Nenhum membro do Congresso, desde que tenha sido eleito, poderá celebrar contratos com o Poder Executivo nem dele receber comissões ou empregos remunerados.”*

E também:

*“Art 60 - Compete aos Juizes ou Tribunais Federais, processar e julgar:*

*(...)*

*b) todas as causas propostas contra o Governo da União ou Fazenda Nacional, fundadas em disposições da Constituição, leis e regulamentos do Poder Executivo, ou em contratos celebrados com o mesmo Governo;*

*(...)*

*f) as ações movidas por estrangeiros e fundadas, quer em contratos com o Governo da União, quer em convenções ou tratados da União com outras nações;”<sup>115</sup>*

Apesar de a Lei nº 2.221/1909 tratar brevemente das contratações da Administração Pública, somente em 28 de janeiro de 1922, com o Decreto nº 4.536, o Código de Contabilidade da União, superou-se o vácuo legislativo sobre o assunto após a Constituição de 1891<sup>116</sup>. Dispõe o artigo 49 que

---

<sup>115</sup> Saliente-se que na alínea “f” do artigo 60 delineiam-se os contornos iniciais dos contratos administrativos internacionais.

<sup>116</sup> “Na dimensão da figura jurídica, tal como atualmente é conhecida a figura do contrato administrativo, não ficou ela estudada no Direito Público do Império. Tanto o Visconde de Uruguai como

*“Ao empenho da despesa deverá preceder contrato, mediante concorrência pública”, e que “Verificada, em primeiro lugar, a idoneidade dos concorrentes, será escolhida, salvo outras razões de preferência antecipadamente assignaladas no edital, a proposta mais barata, que não poderá exceder de 10% os preços correntes da praça” (art. 50, § 1º).*

Quanto ao direito aplicável, o art. 54, alínea “h”, exige que os contratos, para serem válidos, respeitassem *“...as disposições do direito comum e da legislação fiscal”*. Como se percebe, a figura contratual da Administração Pública dessa época ainda estava muito ligada ao direito privado, não havendo propriamente um regime de contratações administrativas, mas apenas um procedimento administrativo para as contratações da Administração Pública. Tanto é que o Decreto nº 15.783, de 22 de novembro de 1922 (aprovado pela Lei nº 4.632/23), que dispunha sobre o Regulamento para execução do Código de Contabilidade, assim definiu o regime aplicável:

*“Art. 766: Os contratos administrativos regulam-se pelos mesmos princípios gerais que regem os contratos de direito comum, no que concerne ao acordo de vontades e ao objeto, observadas, porém, quanto à sua estipulação, aprovação e execução, as normas prescritas”<sup>117</sup>*

Aqui aparece pela primeira vez na legislação brasileira o termo “contrato administrativo”; porém, apesar da novidade, a figura foi vinculada aos princípios gerais dos contratos de direito comum, e ainda não de forma subsidiária, mas sim

---

Antonio Joaquim Ribas não tocaram no assunto nos seus compêndios. A dependência, doutrinária e legislativa, estava com o Direito Privado. Os tratadistas, que depois surgiram, mantiveram a mesma orientação. Fora posições esparsas, de pouca importância conjuntural no regime, as colocações jurídicas ficaram aquelas presentes nos documentos de 1922, o Código de Contabilidade e seu Regulamento”. FRANCO SOBRINHO, M. de O.. Ob. cit., p. 125.

<sup>117</sup> Segundo Romeu Felipe BACELLAR FILHO, “Ao tempo do Decreto-Lei n. 200, de 1967, não havia nenhuma referência à figura do contrato [administrativo], muito embora durante a década de 70 tenha sido relevante a discussão sobre a teoria clássica dos contratos administrativos”. (*Direito Administrativo*, 3.ed., p. 128). A afirmação é procedente, pois o contrato administrativo existia apenas terminologicamente, e não como hoje ele se configura, o que somente ocorreu, de fato, na esfera federal, com o Decreto-Lei nº 2.300/86.



primariamente, de modo que não havia regime jurídico próprio para os contratos administrativos, em que pese as legislações estrangeiras e os já avançados estudos da doutrina (especialmente a francesa) em sentido contrário.

Com a Constituição de 16 de julho de 1934 vêm à baila vários dispositivos relativos às contratações da Administração Pública:

*“Art 6º - Compete, também, privativamente à União:*

*I – Decretar impostos:*

*e) sobre atos emanados do seu Governo, negócios da sua economia e instrumentos de contratos ou atos regulados por lei federal”<sup>118</sup>;*

*“Art 33 - Nenhum Deputado, desde a expedição do diploma, poderá:*

*1) celebrar contrato com a Administração Pública federal, estadual ou municipal”<sup>119</sup>.*

*“Art 79 - É criado um Tribunal, cuja denominação e organização a lei estabelecerá, composto de Juízes, nomeados pelo Presidente da República, na forma e com os requisitos determinados no art. 74.*

*Parágrafo único - Competirá a esse Tribunal, nos termos que a lei estabelecer julgar privativa e definitivamente, salvo recurso voluntário para a Corte Suprema nas espécies que envolverem matéria constitucional:*

*(...)*

---

<sup>118</sup> Dispositivo semelhante na Constituição de 1937.

<sup>119</sup> Dispositivo semelhante nas Constituições de 1937, 1946, 1967 e 1969; esta última especifica que o contrato deve ser com “...pessoa de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes”, art. 34, I, a.

*2º) os litígios entre a União e os seus credores, derivados de contratos públicos”.*

*“Art 81 - Aos Juízes federais compete processar e julgar, em primeira instância:*

*(...)*

*c) as causas fundadas em concessão federal ou em contrato celebrado com a União;*

*(...)*

*f) as causas movidas com fundamento em contrato ou tratado do Brasil com outras nações”<sup>120</sup>;*

*“Art 101 - Os contratos que, por qualquer modo, interessarem imediatamente à receita ou à despesa, só se reputarão perfeitos e acabados, quando registrados pelo Tribunal de Contas. A recusa do registro suspende a execução do contrato até ao pronunciamento do Poder Legislativo”<sup>121</sup>.*

Em 10 de novembro de 1937 foi outorgada nova Constituição, com o seguinte dispositivo (além dos já citados acima):

*“Art 147 - A lei federal regulará a fiscalização e revisão das tarifas dos serviços públicos explorados por concessão para que, no interesse coletivo, delas retire o capital uma retribuição justa ou adequada e sejam atendidas convenientemente as exigências de expansão e melhoramento dos serviços. A lei se aplicará às concessões feitas no regime anterior de tarifas contratualmente estipuladas para todo o tempo de duração do contrato”.*

---

<sup>120</sup> Dispositivo semelhante nas Constituições de 1967 e 1969.

<sup>121</sup> Dispositivo semelhante na Constituição de 1937.

A Constituição de 18 de setembro de 1946 inovou com os seguintes artigos:

*“Art 77 - Compete ao Tribunal de Contas:*

*III - julgar da legalidade dos contratos e das aposentadorias, reformas e pensões.*

*§ 1º - Os contratos que, por qualquer modo, interessarem à receita ou à despesa só se reputarão perfeitos depois de registrados pelo Tribunal de Contas. A recusa do registro suspenderá a execução do contrato até que se pronuncie o Congresso Nacional”.*

*“Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:*

*II - julgar em recurso ordinário:*

*b) as causas decididas por Juízes locais, fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro, assim como as em que forem partes um Estado estrangeiro e pessoa domiciliada no País”;*

*“Art 151 - A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais (Emenda Constitucional nº 15).*

*Parágrafo único - Será determinada a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, a fim de que os lucros dos concessionários, não excedendo a justa remuneração do capital, lhes permitam atender as necessidades de melhoramentos e expansão desses serviços. Aplicar-se-á a lei às concessões feitas no regime anterior, de tarifas estipuladas para todo o tempo de duração do contrato”.*

Mesmo passando por quatro Constituições – 1891, 1934, 1937 e 1946 –, o Código de Contabilidade da União manteve-se como a principal norma infraconstitucional que tratava dos contratos da Administração Pública. Os outros diplomas normativos subseqüentes a ele apenas cuidavam de questões específicas, como, por exemplo, o Decreto nº 41.049, de 26 de fevereiro de 1957 (Regulamento de Serviços de Energia Elétrica), que em seu art. 71 tratou da concorrência pública para o estabelecimento e exploração de serviços de energia elétrica pelo Governo Federal; também a Lei nº 4.320/64, com dispositivos de pouca densidade e relevância normativa: *“Art. 70. A aquisição de material, o fornecimento e a adjudicação de obras e serviços serão regulados em lei, respeitado o princípio da concorrência”* e *“Art. 87. Haverá controle contábil dos direitos e obrigações oriundos de ajustes ou contratos em que a administração pública fôr parte”*.

Em 24 de janeiro de 1967 veio a lume nova Constituição, que entrou em vigor em 15 de março do mesmo ano. Estes são os dispositivos em que inovou, com relação às anteriores:

*“Art 72 - O Poder Executivo manterá sistema de controle interno, visando a:*

*III - avaliar os resultados alcançados pelos administradores e verificar a execução dos contratos”<sup>122</sup>.*

*“Art 73 - O Tribunal de Contas tem sede na Capital da União e jurisdição em todo o território nacional.*

*§ 5º - O Tribunal de Contas, de ofício ou mediante provocação do Ministério Público ou das Auditorias Financeiras e Orçamentárias e demais órgãos auxiliares, se verificar a ilegalidade de qualquer despesa,*

---

<sup>122</sup> Dispositivo semelhante na Constituição de 1969.

*inclusive as decorrentes de contratos, aposentadorias, reformas e pensões, deverá:*

*b) no caso do não atendimento, sustar a execução do ato, exceto em relação aos contratos;*

*c) na hipótese de contrato, solicitar ao Congresso Nacional que determine a medida prevista na alínea anterior, ou outras que julgar necessárias ao resguardo dos objetivos legais”<sup>123</sup>.*

*“Art. 97, § 3º - A proibição de acumular proventos não se aplica aos aposentados, quanto ao exercício de mandato eletivo, cargo em comissão ou ao contrato para prestação de serviços técnicos ou especializados”<sup>124</sup>.*

*“Art 160 - A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo:*

*(...)*

*II - tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato”<sup>125</sup>.*

Entre a data de promulgação e a entrada em vigor da Constituição de 1967 o Poder Executivo expediu, em 25 de fevereiro de 1967, o Decreto-Lei nº 200, que em seus artigos 125 a 144 definiu normas relativas a licitações e contratos para compras, obras, serviços e alienações. Tal diploma normativo substituiu as disposições sobre o tema presentes no Código de Contabilidade da União,

---

<sup>123</sup> Idem.

<sup>124</sup> Idem.

<sup>125</sup> Idem.

passando a ser a nova norma geral, com aplicação inclusive nos Estados e Municípios<sup>126</sup>; porém, silenciou-se a respeito da natureza jurídica do contrato administrativo e ao regime a que se submete.

Apesar da enorme mudança ocasionada no sistema constitucional pela Emenda nº 1, de 17 de outubro de 1969, os dispositivos relativos aos contratos da Administração Pública em nada mudaram.

Veio então a Lei paulista nº 89, de 27 de dezembro de 1972, primeira lei brasileira que dispôs claramente que os contratos administrativos seriam regidos pelos preceitos de Direito Público, com aplicabilidade apenas subsidiária dos princípios de Direito Privado<sup>127</sup>; apesar da inovação, a Lei era estadual.

Em 09 de novembro de 1973 entrou em vigor o Decreto nº 73.140, que regulamentava as licitações e contratos relativos a obras e serviços de engenharia, mas tal diploma normativo em nada inovou.

Em 21 de novembro de 1986 surge, com o Decreto-lei nº 2.300, o primeiro Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos<sup>128</sup>. Apesar de sua rápida duração (menos de sete anos), eis que revogado pela Lei nº 8.666 já em 1993, foi de extrema importância para a evolução do Direito Administrativo brasileiro, uma vez que resolveu muitas questões que há tempos eram debatidas pela doutrina pátria, sistematizando a disciplina das licitações e dos contratos administrativos<sup>129</sup>.

---

<sup>126</sup> Após a Lei nº 5.456/1968.

<sup>127</sup> O artigo 40 dispõe que nos contratos administrativos de que trata a lei mencionada se regulam “pelas suas disposições e pelos preceitos de Direito Público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios de Direito Privado”.

<sup>128</sup> “Art 1º: Este decreto-lei institui o estatuto jurídico das licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras e alienações, no âmbito da Administração Federal centralizada e autárquica”.

<sup>129</sup> Nesse sentido a colocação de Vernalha GUIMARÃES de que “...até o Decreto-lei 2.300, de 21.11.1986, os contratos administrativos não tiveram um tratamento orgânico e sistemático”. Ob. cit., p. 75-76.

A principal inovação veio com seu artigo 44: “Os contratos administrativos de que trata este Decreto-lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, disposições de direito privado”. Tal dispositivo estipulou, pela primeira vez em âmbito nacional, ser o contrato administrativo regido pelo Regime Jurídico de Direito Público, definindo uma natureza jurídica específica para a figura.

O Decreto-Lei definiu ainda quais as prerrogativas especiais da Administração Pública que advinham de tal Regime Jurídico:

*“Art 48. O regime jurídico dos contratos administrativos, instituído por este decreto-lei, confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:*

*I - modificá-los unilateralmente para melhor adequação às finalidades de interesse público;*

*II - extinguí-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 69;*

*III - fiscalizar-lhes a execução;*

*IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução, total ou parcial, do ajuste”.*

Apesar das inovações, o Decreto-Lei não perdurou por muito tempo. Já entrou em vigor, em 22 de junho de 1993, o novo estatuto jurídico – Lei nº 8.666 – que atualmente regula a matéria, revogando todas as disposições anteriores que com ele fossem incompatíveis, especialmente o Decreto-lei nº 2.300/86<sup>130</sup>. A Lei

---

<sup>130</sup> Artigo 126 da Lei nº 8.666/93.

foi modificada, até atingir a configuração atual, por subseqüentes Leis Ordinárias, Medidas Provisórias e Decretos regulatórios<sup>131</sup>.

Necessário se faz citar também outras leis que contribuíram, de uma forma ou de outra, para a definição do atual regime jurídico dos contratos administrativos, como a Lei de Concessões e Permissões de Serviço Público (Lei nº 8.987, de 07/07/95); a Lei do Pregão (inicialmente como a MP nº 2.026, de 25/05/00, e depois como a Lei nº 10.520, de 17/07/02); a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/00), que causou grande impacto nas licitações e contratações administrativas, especialmente na fiscalização; a Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/04); e por último a Lei de Contratações de Consórcio Públicos (Lei nº 11.107, de 06 de abril de 2005).

---

<sup>131</sup> Não entraremos aqui em maiores detalhes quanto à Lei nº 8.666/93, eis que já o fizemos em diversos pontos no presente trabalho.



### 3. Tópicos de Direito Internacional necessários à compreensão do tema

#### 3.1. A posição hierárquico-legal dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro

No Brasil, os tratados internacionais<sup>132</sup>, após ratificados pelo Congresso Nacional, passam a fazer parte do ordenamento jurídico nacional em igual hierarquia de leis ordinárias. O *leading case* é o RE nº 80.004, do Supremo Tribunal Federal, que adota a teoria monista-constitucionalista, definindo, portanto, que normas internacionais ratificadas pelo Congresso Nacional tem hierarquia de normas ordinárias internas, abaixo da Constituição Federal, podendo, assim, ser derogadas por lei ordinária posterior<sup>133</sup> e vice-versa<sup>134</sup>.

Pode-se com isso afirmar, consoante a atual posição do Supremo Tribunal Federal, que tratado internacional ratificado pelo Congresso Nacional posteriormente à Lei nº 8.666/93 pode derogá-la, desde que não se verifique contrariedade com os princípios constitucionais. Nesse sentido a afirmação de Carlos Ari SUNDFELD:

---

<sup>132</sup> “na ordem internacional, os Estados se obrigam por mútuo consentimento, por sua livre vontade, nunca por imposição de outrem. Por isso mesmo, o instrumento normal para criação desses direitos e deveres é o Tratado (também chamado Convenção ou Carta) ao qual cada Estado adere e permanece vinculado se, quando, enquanto e na medida em que lhe interessar”. SUNDFELD, C. A.. Ob. cit., p. 71.

<sup>133</sup> Saliente-se que o art. 732 do Código Civil, de constitucionalidade duvidosa, define hipótese em que tratado posterior à data da promulgação do Código não poderá mudar a disciplina deste.

<sup>134</sup> Segundo Celso Duvuvier de Albuquerque MELLO, “A tendência mais recente no Brasil é um verdadeiro retrocesso nesta matéria. No Recurso Extraordinário nº 80.004, decidido em 1978, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que uma lei revoga o tratado anterior. (...) A decisão é das mais funestas, vez que o STF não viu a consequência de seu acórdão, que poderá influenciar os juízes nos mais diferentes locais do Brasil. Por outro lado, faltou a ele sensibilidade para o momento atual em que o Brasil intensifica as relações internacionais”. *Curso de direito internacional público*, p. 131.

“Isso (...) não significa que, ao travar relações com seus pares na ordem internacional, a pessoa Estado se livre das limitações que seu direito nacional lhe impõe e que o perseguem sempre que atua internamente. O Presidente da República, ao assinar, pelo Estado brasileiro, tratado com o Estado francês, só poderá fazê-lo nos termos, condições e limites da competência que a Constituição brasileira lhe outorgou. Em caso de inobservância desses termos, limites e condições, o direito interno não reconhecerá o tratado como válido, como obrigando a soberania brasileira”<sup>135</sup>.

Assim, tratado internacional ratificado pelo Congresso Nacional pode modificar leis ordinárias internas, seja pelo critério da especialidade seja pelo da temporariedade, e deve estar de acordo com os princípios presentes na Constituição Federal (sob pena de inconstitucionalidade), resguardando, deste modo, a soberania interna.

## **3.2. Contratos internacionais**

### **3.2.1. Conceito**

O conceito de contrato internacional possui poucas divergências na doutrina, tanto nacional quanto internacional. Em razão disso, nos limitaremos a expor o conceito mais consagrado, que é o de Irineu STRENGER, para o qual contratos internacionais são “todas as manifestações bi ou plurilaterais das partes objetivando relação patrimonial, ou de serviços, cujos elementos sejam vinculantes de dois ou mais sistemas jurídicos extraterritoriais, pela força do domicílio, nacionalidade, sede principal dos negócios, lugar do contrato, lugar da execução ou qualquer circunstância que exprima indicativo do Direito aplicável”<sup>136</sup>.

---

<sup>135</sup> Ob. cit., p. 72.

<sup>136</sup> *Contratos Internacionais do Comércio*, p. 53.

Assim, é internacional o contrato que envolva aspectos de mais de um ordenamento jurídico. Entre tais aspectos, o mais comum é o relativo a partes contratantes de países distintos, ou seja, os contratos celebrados entre pessoas pertencentes a diferentes ordenamentos jurídicos são, em razão disso, considerados internacionais.

### 3.2.2. A autonomia da vontade para o Direito Internacional Privado

O Direito Internacional Privado fornece um conceito próprio de “autonomia da vontade”. Nadia ARAÚJO esclarece que a

“autonomia da vontade no DIPr [Direito Internacional Privado] utilizada nos Contratos Internacionais’ nada tem a ver com o que os civilistas gostam de chamar de ‘autonomia privada’, e que diz respeito à faculdade das partes de contratar. Para o DIPr, *autonomia da vontade* significa permitir que as partes escolham a lei aplicável ao contrato internacional”<sup>137</sup>.

Assim, apesar de utilizar nomenclatura idêntica ao Direito Civil, o conceito de autonomia da vontade para o Direito Internacional Privado é totalmente diverso. A autonomia da vontade no Direito Civil diz respeito principalmente à aceitação do contrato; no Direito Internacional Privado diz respeito à definição, pelas partes, da lei aplicável ao contrato.

Feitas estas considerações, esclarecemos que o sentido de “autonomia da vontade” que usamos e usaremos durante o estudo é aquele do Direito Civil, isto é, autonomia que as partes têm de livremente formular e discutir quaisquer termos do contrato, desde que dentro dos limites da lei.

---

<sup>137</sup> ARAÚJO, Nadia de. “Contratos internacionais e a jurisprudência brasileira: lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro”. In: RODAS, João Grandino (coord.). *Contratos Internacionais*, p. 197, nota de rodapé.

## 4. Contratos administrativos internacionais

### 4.1. Conceito e enquadramento

Os estudos existentes sobre contratos administrativos, em sua grande maioria, abordam-no no seu viés interno, uma vez que as contratações administrativas ocorrem geralmente entre Administração Pública e pessoas pertencentes ao território nacional. Porém, com a tendência mundial de internacionalização do comércio, conseqüentemente os contratos administrativos realizados com pessoas estrangeiras passam a ter maior importância. Logo, o “direito administrativo internacional”, conforme o denomina Jean RIVERO<sup>138</sup>, tem papel cada vez mais importante para a compreensão das novas formas de atuação da Administração Pública, em especial a contratação administrativa.

Conforme explicitado anteriormente, os contratos celebrados entre pessoas pertencentes a diferentes ordenamentos jurídicos são considerados contratos internacionais. Assim, um contrato administrativo entre Administração Pública e pessoa estrangeira será qualificado como internacional, uma vez que possui elementos de ordenamentos jurídicos diversos, no caso, as partes contratantes. Assim, será um “contrato administrativo internacional”<sup>139</sup> o contrato administrativo realizado entre Administração Pública e pessoa de ordenamento jurídico diverso, com as conseqüências que possam decorrer disto.

Os principais exemplos de tais contratos são os de serviços técnicos especializados e compras de bens não produzidos no país. Assim, caso o Brasil, p. ex., resolvesse comprar um navio específico da Irlanda (principal construtora

---

<sup>138</sup> Ob. cit., p. 56.

<sup>139</sup> Saliente-se que a nomenclatura “contratos administrativos internacionais” já foi utilizada por Manuel de Oliveira FRANCO SOBRINHO, porém com sentido diverso do nosso: “Não há, também, inconveniente algum, na prática corrente, em chamar os contratos interadministrativos de contratos administrativos *internos*, a fim de que possamos diferencia-los dos contratos administrativos *internacionais*, ou seja, concluídos entre uma nação e um Estado estrangeiro”. Ob. cit., p. 252, nota 11. Em razão disso, cabe deixar claro que utilizamos a nomenclatura em sentido diverso do autor.

mundial) ou um chip de computador só produzido por certo país, utilizaria o contrato administrativo internacional para efetivar a aquisição.

No Brasil a figura aparece, superficialmente, pela primeira vez no Código de Contabilidade Pública da União:

*“Art. 46. O empenho da despesa não poderá exceder às quantias fixadas pelo Congresso Nacional (excepto no caso de pensões, vencimentos e percentagens marcados em lei, ajudas de custo comunicações ou transportes necessarios aos serviços publicos).*

*Paragrapho unico. Embora haja credito consignado no orçamento, as encomendas de material no estrangeiro, para qualquer Ministerio só poderão ser feitas com prévia acquiescencia do Ministro da Fazenda.”*

Na legislação subsequente nada de específico com relação a esses contratos surgiu. A partir do Decreto-lei nº 2.300/86 normatizou-se a figura da licitação internacional (que a Lei nº 8.666/93 seguiu), mas como esta nada mais é do que a licitação divulgada no exterior, a contratação administrativa com pessoa estrangeira existe apenas como mera possibilidade. Assim, mantém-se em aberto na legislação interna<sup>140</sup> a regulação e definição do contrato administrativo internacional.

#### **4.2. Correlação com os institutos dos contratos internacionais de Direito Privado**

Já traçadas as características dos contratos administrativos internacionais, faremos a seguir o estudo da Lei nº 8.666/93 em consonância com as regras do comércio internacional.

---

<sup>140</sup> Não se considerando aqui o Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual, que discorreremos depois.

Antes de iniciarmos efetivamente, há de se ter em conta o que ensinam LEÃO e SENHORINHO:

“No que se refere aos contratos originados por licitações internacionais, os editais devem conter, além das condições normalmente exigidas para a celebração de todo e qualquer ajuste regido pelo direito público, os requisitos necessários à formalização do acordo quando a adjudicatária for empresa estrangeira sem autorização de funcionamento no Brasil, consorciada ou não com empresa brasileira, porque quando da execução do contrato, neste caso, apesar de em território nacional e sob a égide da legislação brasileira (de acordo com o princípio *locus regit actum*), incidirão algumas regras de Direito Internacional em virtude da extraterritorialidade do ajuste e da origem da empresa contratada”<sup>141</sup>.

Feita essa consideração, passemos ao estudo específico dos principais casos.

#### 4.2.1. Cláusula de escolha do foro

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência, nacionais e internacionais, muito debatem sobre a possibilidade ou não da presença de cláusula de escolha de foro<sup>142</sup> nos contratos de comércio internacional. Porém, tal debate só é válido para contratos internacionais privados. Isso porque, no caso dos contratos administrativos internacionais, a própria Lei nº 8.666/93 define, em seu art. 55, § 2º, a obrigatoriedade de constar no contrato cláusula em que se declare como competente o *foro da sede da Administração* para dirimir controvérsias. Assim, possíveis e futuras controvérsias são *ab initio* resolvidas já *in lege*, restando por

---

<sup>141</sup> LEÃO, Eliana Goulart; SENHORINHO, Eliane Maria. *Observações sobre as licitações internacionais*, p. 854, grifo nosso.

<sup>142</sup> Saliente-se que “...a possibilidade de determinação da competência judiciária [escolha do foro] nos contratos internacionais nada tem a ver com a verificação da lei aplicável”. ARAÚJO, N. de. Ob. cit., p. 199.

infrutíferas quaisquer outras discussões sobre a possibilidade de foro diverso do da sede da Administração.

A regra comporta uma única exceção, a do § 6º do art. 32 da mesma lei<sup>143</sup>, para os seguintes casos: a) o objeto do contrato ser financiado por organismo financeiro internacional (aplicando-se, então, as *guidelines*, normas licitatórias exigidas por tais organismos ao conceder o financiamento); b) em contrato com empresa estrangeira, o objeto ou serviço seja fabricado e entregue/prestado no exterior, com autorização do Chefe do Poder Executivo; e c) aquisição de bens e serviços por unidade administrativa no exterior.

Saliente-se que Marçal JUSTEN FILHO propugna pela inconstitucionalidade da regra em comento (art. 55, § 2º) perante o art. 109, § 2º<sup>144</sup>, Constituição Federal de 1988, afirmando que “A questão envolve problemas de direito internacional privado e, eventualmente, de direito internacional público. Justamente por tratar-se de um concerto de Estados soberanos, pode ocorrer de a cláusula contratual eletiva da jurisdição não merecer validação por outro Estado”<sup>145</sup>. Entretanto, assevera que a inconstitucionalidade é parcial, pois nos casos do § 6º do art. 32 “a exigência de cláusula de eleição de jurisdição (...) representaria sério empecilho à contratação”<sup>146</sup>. Já Jessé Torres PEREIRA JÚNIOR entende que a regra do art. 55, § 2º, é plenamente constitucional, uma

---

<sup>143</sup> Segundo LEÃO e SENHORINHO, comentando a regra em questão, “A decisão de questões contratuais, quando o ajuste resultar de concorrência internacional com financiamento concedido por organismo financeiro de igual procedência, ou for referente a transação a ser efetuada *ex-vi* de acordo internacional, refoge à competência exclusiva da Justiça brasileira porque nele existem, também, interesses internacionais”. Ob. cit., p. 853.

<sup>144</sup> Art. 109, § 2º: “As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal.”

<sup>145</sup> JUSTEN FILHO, M.. Ob. cit., p. 486.

<sup>146</sup> Ob. cit., p. 497.

vez que ela existe para resguardar o interesse público, protegendo a Administração Pública contra ingerências externas<sup>147</sup>.

Uma vez que a regra encontra-se plenamente vigente e não foi contestada sua constitucionalidade até o presente momento, ficamos com PEREIRA JÚNIOR, que a nosso ver apresenta os melhores argumentos.

#### 4.2.2. Exigência de representantes em território nacional

O §4º do art. 32 da Lei nº 8.666/93 trata da necessidade, por parte de empresas estrangeiras que não funcionem no País, de existência de representante legal no território nacional, com poderes expressos para receber citações e responder administrativa e judicialmente. Tal regra é de extrema valia e se coaduna com a exigência de rapidez do comércio internacional, pois, caso não houvesse tal representante em território nacional, a citação teria que se dar por carta rogatória através do STF, tornando tal processo extremamente burocrático e moroso<sup>148</sup>. Neste aspecto foi acertada a decisão da lei, pois há a consonância da ordem jurídica interna com as exigências do comércio internacional.

Saliente-se que tal representante não será necessário nos casos do art. 32, § 6º, acima já arrolados. Porém, entendemos que tal exceção só deveria ocorrer para o caso da terceira hipótese (item “c”: aquisição de bens e serviços por unidade administrativa no exterior), pela lógica de que o adquirente (Administração) e o fornecedor encontram-se no mesmo território estrangeiro (critério pela facilidade *territorial*). Quanto aos primeiros dois casos, a exceção é desarrazoada, pois o fato de o *objeto* do contrato ser financiado por organismo financeiro internacional ou de que a *efetivação* do objeto do contrato se dê no exterior em nada se liga, logicamente, com o fato de ser dispensável a

---

<sup>147</sup> PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública, p. 569-570.

<sup>148</sup> SANTOS, Álvaro Fabrício dos. “Elementos conceituais da licitação internacional”, p. 24.



representação legal no território nacional, que é exigência por motivos de facilidade *territorial*. Ora, nesses dois casos o centro de decisão da Administração Pública mantém-se no território nacional, e, sendo a empresa sediada no exterior, nada mais ponderado do que exigir desta um representante em território nacional brasileiro, para facilidade de comunicação, acordos etc..

#### 4.2.3. Forma de pagamento

Os pagamentos às empresas estrangeiras, de acordo com a prática internacional privada, são feitos principalmente através de carta de crédito, sendo que esta é “... amplamente utilizada no comércio internacional [privado] em razão da segurança, vantagens e garantias concedidas tanto ao importador como ao exportador”<sup>149</sup>.

A Lei nº 8.666/93 não especifica de que forma a Administração deve pagar pelo objeto do contrato, se por meio de depósito bancário, carta de crédito etc.. Em vista disso, entendemos ser possível o pagamento à empresa *estrangeira* por meio de carta de crédito, uma vez que essa é a prática comum no comércio internacional.

Como salienta Álvaro Fabrício dos SANTOS, “Em conformidade com a prática internacional, os pagamentos às empresas *estrangeiras* são efetuados através de carta de crédito. Entretanto, não há possibilidade de emissão de carta de crédito para *nacionais*”<sup>150</sup>, sendo que “No caso de contratados brasileiros, o pagamento por parte dos órgãos da Administração normalmente ocorre através de ordens bancárias transmitidas a bancos federais ou estaduais para depósito nas contas correntes indicadas pelos interessados”.<sup>151</sup>

---

<sup>149</sup> AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (coord.). *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais*, p. 285.

<sup>150</sup> SANTOS, A. F. dos. Ob. cit., p. 24, grifo nosso.

<sup>151</sup> Idem, p. 24-25.

#### 4.2.4. Garantias

A Câmara de Comércio Internacional (CCI) publicou as Regras Uniformes para as Garantias Contratuais – *Uniform Rules for Contract Guarantees* através da Publicação CCI n° 325. Tais regras consolidam os tipos mais comuns de garantia utilizados no comércio internacional. Porém, lembra AMARAL que tais regras não fazem parte do ordenamento jurídico brasileiro<sup>152</sup>, o que nos leva a indagar se é necessário, ou mesmo pertinente, o estudo de tal tema. Respondemos afirmativamente, pois, de acordo com o que assevera o mesmo autor, tais regras, no Brasil, são/podem ser utilizadas na interpretação dos negócios jurídicos<sup>153</sup>.

Os principais tipos de garantia da Publicação CCI n° 325 são os seguintes:

A) *garantia de licitação*, em que “...o garantidor se obriga, no caso de o ordenador descumprir as obrigações resultantes de sua proposta, a efetuar um pagamento ao beneficiário, observados os limites do montante fixado”<sup>154</sup>. Aqui, o termo “licitação” em nada corresponde ao conceito jus-administrativista do mesmo.

Em comparação com a Lei n° 8.666/93, tal garantia se assemelha à multa prevista em caso de descumprimento do contrato ou atraso injustificado por parte do particular contratado (arts. 86 e 87, II, Lei n° 8.666/93). Esta multa é descontada da garantia pecuniária prevista no art. 55, VI<sup>155</sup>, e 56, a qual, porém, diferencia-se da garantia de licitação num ponto fulcral: quem considera por beneficiário. Para a Lei n° 8.666/93, o beneficiário da garantia é a Administração, uma vez que é a responsável pela proteção do interesse público; o contratado é quem deve prestar a garantia, mesmo nos casos em que seja o vendedor, o que

---

<sup>152</sup> Idem, p. 287.

<sup>153</sup> Idem, ibidem.

<sup>154</sup> AMARAL, A. C. R. do. Ob. cit., p. 291.

<sup>155</sup> Bem como o art. 31, III, e § 2°.

refoge totalmente à lógica das garantias do comércio, tanto nacional quanto internacional. Neste, principalmente, na imensa maioria dos casos é o vendedor ou prestador de serviços o beneficiário<sup>156</sup>.

No caso específico das licitações internacionais, dispõe o § 3º do art. 42 da Lei nº 8.666/93 que “As garantias de pagamento ao licitante brasileiro serão equivalentes àquelas oferecidas ao licitante estrangeiro”, defendendo-se, assim, o princípio da isonomia entre os licitantes nacionais e estrangeiros (art. 3º, *caput* e § 1º).

B) *garantia de boa execução*, que “...geralmente é concedida em contratos de longo prazo e objetiva a cobertura no caso de falhas no cumprimento do contrato, tais como falta de qualidade na entrega de produtos ou serviços, entrega tardia de mercadorias, entre outros”<sup>157</sup>.

Tal garantia é idêntica à obrigação exigida no art. 69 da Lei nº 8.666/93, não sendo necessários, portanto, maiores esclarecimentos, uma vez que a letra da lei é clara:

*“Art. 69. O contratado é obrigado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados.”*

C) *garantia de manutenção*, que “...visa a garantir, por determinado período, as obrigações de manutenção a que uma sociedade tenha se obrigado após o término de uma obra ou de um serviço”<sup>158</sup>.

Os comentários a esse tipo de garantia são os mesmos feitos acima, uma vez que as figuras da garantia de manutenção e da garantia de boa execução se confundem na prática.

---

<sup>156</sup> AMARAL, A. C. R. do. Ob. cit., p. 289.

<sup>157</sup> Idem, p. 292.

<sup>158</sup> Idem, ibidem.

D) *garantia de retenção*, que “...objetiva garantir o pagamento do montante retido pelo comprador ou tomador de serviços até que o vendedor ou fornecedor conclua a execução do contrato”<sup>159</sup>.

Uma vez que é a Administração que faz o papel de comprador ou tomador de serviços, é ela quem exige a garantia. No presente caso, a garantia de retenção assemelha-se à garantia financeira, nos mesmos termos dos comentários acima sobre a garantia de licitação.

#### 4.2.5. Carta de intenção x edital

Segundo Irineu STRENGER, a chamada “carta de intenção” é um documento preparatório do contrato definitivo, tanto é que a doutrina italiana a denomina “*contratto preparatorio*”. Segundo o mesmo autor, tal acordo não gera obrigações propriamente ditas, sendo apenas um “*Gentlemen’s agreements*” (“acordo de cavalheiros”):

“A conclusão de tal acordo, em todos os aspectos semelhante a um contrato em boa e devida forma, reforça o valor constringente do engajamento *moral* adotado pelos negociadores, gerando o dever de confiança de preservar a fé jurada. Para evitar equívocos e clarificar as intenções de cada um dos parceiros, o *gentlemen’s agreement* pode ser reduzido a escrito”<sup>160</sup>.

Ora, questiona-se o seguinte: não seria tal carta de intenção semelhante ao edital de licitação formulado pela Administração, uma vez que este último também traz a declaração da intenção do Poder Público para o futuro negócio jurídico? Respondemos afirmativamente apenas no que concerne à *forma* de ambos os institutos. Já quanto aos *efeitos*, a resposta negativa se faz necessária:

---

<sup>159</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>160</sup> STRENGER, Irineu. *Ob. cit.*, p. 120.

o edital de licitação vincula o futuro contrato a ser firmado, ou seja, o que foi definido aquando da licitação manter-se-á no contrato<sup>161</sup>; já a carta de intenção cria apenas obrigações morais, e não jurídicas. Esta é a diferença.

#### 4.2.6. Confidencialidade x princípio da publicidade

Prática rechaçada<sup>162</sup> tanto no comércio internacional como no nacional é a da divulgação, para os concorrentes, da “saúde” financeira da empresas. Inclusive as regras licitatórias do BIRD e do BID proíbem a divulgação de tais dados, a não ser se explicitamente permitido em edital. Já a regra no ordenamento pátrio é a da publicidade dos dados financeiros da empresa quando esta contrata com a Administração Pública, vigorando o princípio da publicidade. O sigilo só é possível em poucos casos<sup>163</sup>. Saliente-se que tal publicidade não se dá apenas no momento da licitação, mas também durante todo o tempo de execução do contrato<sup>164</sup>.

Também os chamados “*secrecy agreements*” (acordos de confidencialidade) não poderão ser formulados em contratos administrativos da mesma maneira que em regime privado, uma vez que, sendo a licitação e o contrato administrativo públicos, pelo princípio da publicidade dos atos administrativos (art. 37, *caput*, Constituição Federal, e art. 3º, Lei nº 8.666/93; especificamente quanto aos direitos patrimoniais, ver art. 111, mesma lei), público será também o objeto de tal contrato. Somente nos casos de risco à segurança nacional é que as especificidades do projeto serão mantidas em segredo, como, p. ex., no caso de construção de usina nuclear.

---

<sup>161</sup> LLCA, art. 54, § 1º: “Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, *em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.*”

<sup>162</sup> JUSTEN FILHO, M.. Ob. cit., p. 357.

<sup>163</sup> Como, p. ex., para proteção da segurança nacional.

<sup>164</sup> Art. 55, XIII, LLCA.

#### 4.2.7. Cláusula de *Hardship*

O que dispõe o art. 65, §§ 5º, 6º e 8º, da Lei nº 8.666/93, em muito se assemelha à cláusula de “*Hardship*” do comércio internacional. Esta figura é uma cláusula, explícita ou não no contrato, que visa possibilitar a conclusão do contrato, através de renegociação, sanando um desequilíbrio econômico-financeiro gerado por evento não previsto inicialmente no contrato. Como bem lembra Jairo Silva MELO, a cláusula de “*Hardship*” não se confunde com a cláusula de força maior, pois esta gera a impossibilidade absoluta de conclusão do contrato<sup>165</sup>; no caso da Lei nº 8.666/93, o art. 78, XVII, prevê que como motivo para rescisão contratual – sem possibilidade de renegociação – a ocorrência de caso fortuito ou força maior.

#### 4.2.8. Data do pagamento

Prática corrente no comércio internacional é a do pagamento antecipado (*Down Payment*), que visa garantir os gastos com a fabricação. No caso da Administração Pública, esta não pode pagar antecipadamente pelo objeto do contrato, pelo simples fato de que o erário público não pode “correr o risco” de desembolsar recursos antes da execução completa do contrato; mais uma vez, sobrepõe-se o interesse público ao interesse do particular.

Saliente-se que, numa posição extremamente contrária à prática internacional, é o particular contratado quem deve prestar uma garantia<sup>166</sup>, mesmo que esteja vendendo um bem. Assim, caso uma empresa preste serviço ou venda

---

<sup>165</sup> MELO, Jairo Silva. *Contratos internacionais e cláusulas hardship*, p. 85-93.

<sup>166</sup> LLCA, art. 56.

algun bem à Administração, é a primeira, e não essa, quem deverá prestar uma garantia antecipadamente.

Confirma nossa tese a posição dominante no Tribunal de Contas da União de que não é possível o pagamento antecipado. A única garantia fornecida pela Administração Pública ao particular é a do art. 79, § 2º, Lei nº 8.666/93, onde se prevê que aquela ressarcirá os prejuízos causados a este nas hipóteses de rescisão contratual com base nos incisos XII a XVII do art. 78, *desde que não tenha havido culpa do particular contratado*. Não será possível também a exigência, pelo particular, de garantia bancária (*Performance Bond*), uma vez que é pressuposto, para a Administração Pública contratar, a dotação orçamentária prévia (ou pelo menos sua previsão), segundo dispõe o art. 7º, §2º, II, III e IV, e art. 14, da Lei nº 8.666/93.

#### **4.2.9. Autonomia da vontade**

Se considerada a autonomia da vontade no conceito estrito do Direito Internacional Privado, conclui-se então que no contrato administrativo internacional não há *nenhuma* autonomia da vontade, pois a lei que se aplica, prioritariamente, é a Lei nº 8.666/93, com aplicação subsidiária do Código Civil.

Apesar de o Brasil ter assinado a Convenção Interamericana do México (1994) prevendo a autonomia da vontade<sup>167</sup>, tal Convenção ainda não foi ratificada internamente, e, por isso, tal princípio não faz parte do direito brasileiro. Logo, pela finalidade do presente estudo, resta por infrutífero estudar a fundo a autonomia da vontade do Direito Internacional Privado, pois, não existindo legalmente, pouco sobra para uma análise quanto à aplicabilidade aos contratos administrativos internacionais, em razão do princípio da legalidade.

---

<sup>167</sup> No sentido que a conceitua o Direito Internacional Privado.

#### **4.3. Os tratados internacionais sobre contratos ratificados e sua influência sobre as regras da Lei nº 8.666/93**

Caso o Brasil assine um Tratado sobre contratos internacionais, cabe indagar se o mesmo abrangeria os contratos administrativos internacionais, uma vez que, de acordo com nossa posição, este se enquadra dentro do gênero contratos internacionais.

No atual estágio da prática jurídica internacionalista, respondemos pela negativa, uma vez que sempre que se usa o termo “contrato internacional” está-se referindo à espécie, não ao gênero. Assim, no Direito Internacional Privado, sempre que se trate de “contrato internacional”, leia-se como sinônimo de “contrato internacional privado”.

Para evitar tais problemas decorrentes da terminologia o Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual, ratificado pelo Decreto nº 2.095/96, estipulou o seguinte, evitando confusões entre gênero e espécies de contratos internacionais:

*“Art. 1º: O presente Protocolo será aplicado à jurisdição contenciosa internacional relativa aos contratos internacionais de natureza civil ou comercial celebrados entre particulares - pessoas físicas ou jurídicas:*

*a) com domicílio ou sede social em diferentes Estados-Partes do Tratado de Assunção;*

*b) quando pelo menos uma das partes do contrato tenha seu domicílio ou sede social em um Estado-Parte do Tratado de Assunção e, além disso, tenha sido feito um acordo de eleição de foro em favor de um juiz de um Estado-Parte e exista uma conexão razoável segundo as normas de jurisdição deste Protocolo.”*

Além disso, claramente ressaltou a não aplicabilidade do Protocolo aos casos que envolvam contratos administrativos internacionais:



“Art. 2º: O âmbito de aplicação do presente Protocolo exclui:

(...)

4. os contratos administrativos;

O Protocolo de Buenos Aires tomou o melhor caminho ao explicar o que engloba a expressão “contratos internacionais”, evitando, assim, inúmeros problemas sobre a aplicabilidade do Protocolo a outras espécies de contratos internacionais, em especial os administrativos. Este é o melhor modo de lidar legislativamente com o tema, uma vez que a doutrina e a prática internacionalista, em sua grande maioria, falam da espécie (contrato internacional privado) mas não esclarecem que assim o fazem, utilizando apenas o nome do gênero – “contrato internacional”. Logo, o Protocolo foi sábio em assim disciplinar a matéria.

Especificamente com relação à licitação internacional (ou licitação nacional na qual participem licitantes estrangeiros), várias são as questões que surgem com tratados internacionais ratificados após a Lei nº 8.666/93 que inovem o conteúdo desta, como, p. ex., a possibilidade de tratado criar nova forma de dispensa de licitação.

Para Marçal JUSTEN FILHO, as licitações devem considerar “... as formulações políticas e de direito internacional. *O edital deverá respeitar tratados e convenções internacionais vigentes no Brasil, assim como decisões proferidas no plano do direito internacional público*”<sup>168</sup>. Porém, deve-se ressaltar que, apesar de considerarmos a possibilidade de tratados ratificados posteriormente à Lei nº 8.666/93 modificarem a disciplina desta, tal modificação só pode ocorrer caso não contrarie os princípios arrolados na Carta Magna<sup>169</sup>.

---

<sup>168</sup> JUSTEN FILHO, M.. Ob. cit., p. 406, grifo nosso.

<sup>169</sup> Pertinente é a indagação de Marçal JUSTEN FILHO: “Seria possível um acordo internacional dispor, de modo genérico, acerca da dispensa de licitação para uma série indeterminada de contratações? A resposta, em princípio, é positiva. Como já visto, a hierarquia do tratado internacional é, no mínimo, idêntica à da lei ordinária. Logo, a introdução de regra geral no tratado internacional equivaleria a uma cláusula equivalente adotada na legislação ordinária. O problema residiria na compatibilidade da cláusula inscrita no

Citemos a hipótese do art. 24, XIV, da Lei nº 8.666/93, onde se prevê a possibilidade de tratado criar hipótese de dispensa de licitação num caso concreto em que as condições ofertadas sejam vantajosas ao Poder Público:

*“Art. 24. É dispensável a licitação:*

*(...)*

*XIV - para a aquisição de bens ou serviços nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para o Poder Público”.*

Aqui a própria lei, sabiamente, define a possibilidade de dispensa de licitação decorrente de acordo internacional ratificado, evitando assim futuras divergências interpretativas. Marçal JUSTEN FILHO, comentando sobre a regra em testilha, assevera que

*“... todos os tratados internacionais futuros, que disciplinarem contratação direta, seriam válidos. Reputar-se-ia ou que teriam revogado parcialmente a Lei nº 8.666 ou que veiculariam disposições especiais, não atingidas por aquele diploma geral (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2º, § 2º). Mas a existência do dispositivo se justifica *para eliminar qualquer dúvida inclusive quanto à vigência de regras especiais* sobre contratações diretas contidas em tratados internacionais anteriores à vigência da Lei nº 8.666”<sup>170</sup>.*

Assim, a própria Lei nº 8.666/93, nesse caso, para evitar posteriores dúvidas, define a possibilidade de tratado/acordo internacional ratificado

---

tratado internacional com os princípios constitucionais. Haveria grande risco de infração aos princípios da República, da soberania nacional e da isonomia”. Idem, p. 256.

<sup>170</sup> Idem, ibidem, destaque nosso.

estabelecer dispensa de licitação<sup>171</sup> e conseqüente contratação direta, coadunando-se com a posição do RE nº 80.004. Mas isso só será possível conquanto não contrarie os princípios constitucionais da Administração Pública.

Em suma, quando tratado referir-se a “contrato internacional” não se estará considerando o contrato administrativo internacional, mas sim apenas o contrato internacional privado; caso queira disciplinar também aquele, deve fazê-lo expressamente. Além disso, se o tratado modificar regras licitatórias, e, conseqüentemente, os contratos administrativos, deve se verificar se não houve contrariedade aos princípios constitucionais, especialmente os que regem as licitações e contratações administrativas (art. 37, XXI, Constituição Federal).

---

<sup>171</sup> De acordo com o inciso XIV do art. 24 da Lei nº 8.666/93, a dispensa disposta em tratado deve ser específica para cada caso, o que nos faz concluir pela impossibilidade de cláusulas genéricas de dispensa, uma vez que a norma fala em “acordo internacional *específico*”.

## 6. Conclusão do trabalho

De acordo com a Carta Magna brasileira, todo e qualquer ato da Administração Pública (incluindo-se aqui os contratos administrativos, tanto em seu aspecto nacional quanto internacional) deve ser regido pelos seguintes princípios, arrolados no art. 37, *caput*: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. O inciso XXI do mesmo artigo ainda coloca os princípios da igualdade e da competitividade, em qualquer modalidade de licitação. Tais princípios devem ser aplicados em sistematicidade, numa *interpretação conforme a constituição*.

Apesar da hermeticidade do regime de Direito Público que rege os contratos administrativos internacionais, é possível uma aplicabilidade das regras da prática do comércio internacional, desde que tais regras se coadunem com os princípios do Direito Público. Deve-se tentar uma gênese entre os dois âmbitos jurídicos, tentando enquadrar as regras do comércio internacional dentro da lógica dos princípios de Direito Público, mantendo-se assim a coerência jurídica.

Nesse sentido João PARIZI, que afirma que deve haver simbiose da legislação para que haja um “caminho natural para resgatar a dignidade que o Estado brasileiro possui e demonstra saber conviver nas relações bilaterais dessa natureza, formando parcerias que, entretanto, lhe respeitem a individualidade e as suas normas internas produzidas num processo democrático e aceitas pela comunidade internacional”<sup>172</sup>.

Além disso, os tratados que disciplinem sobre contratos administrativos internacionais só poderão ser ratificados pelo Congresso Nacional se se adequarem às regras e princípios constitucionais. Uma vez que antes de serem internacionais são contratos administrativos, tudo o que foi dito sobre estes se aplicam à figura; o fato de ser internacional não modifica sua natureza, mas apenas a forma como deve ser interpretado, já que o comércio internacional

---

<sup>172</sup> PARIZI FILHO, João. *A Sujeição de Licitações Brasileiras às Normas Internacionais*, p. 479.

possui certas peculiaridades que devem ser consideradas inclusive para os contratos administrativos internacionais.

Especificamente com relação à concorrência internacional, a Lei nº 8.666/93 traz regra conciliadora:

*“Art. 42. Nas concorrências de âmbito internacional, o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes.”*

Deve ser ressaltado também que, apesar da rigidez dos contratos administrativos internacionais em comparação com os contratos privados internacionais, algumas vantagens se mostram daqueles em relação a estes. Segundo M. BASSO, “Quanto mais complexo for o objeto do futuro contrato, mais difíceis e longas serão as tratativas, e maiores os riscos em caso de ruptura”<sup>173</sup>. Ora, uma das vantagens do contrato administrativo internacional é justamente a de *eliminar a complexidade e a demora nas tratativas*, já que os termos contratuais já vêm, de pronto, definidos no edital: apenas cabe ao particular aceitá-los, caso queira participar da licitação. Neste aspecto o viés público do contrato acaba por facilitar os deslindes contratuais, acarretando numa maior rapidez nas tratativas e, em vista disso, numa maior possibilidade de o contrato avençado ser totalmente cumprido, com a satisfação de ambas as partes.

Logo, concluímos que deve o contrato administrativo internacional imiscuir-se com as normas da prática comercial internacional, naquilo em que não contrarie os princípios constitucionais, para que a relação entre Administração Pública e particulares estrangeiros seja a mais satisfatória possível, buscando, juntamente, os benefícios que as cláusulas pré-definidas na ementa do contrato acarretam, como a eliminação de longas tratativas sobre cláusulas contratuais, próprias dos contratos privados.

---

<sup>173</sup> BASSO, M.. Ob. cit., p. 178.

## 7. Referências bibliográficas

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (coord.). *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais*. São Paulo: Aduaneiras, 2004.

ARAÚJO, Nadia de. *Contratos internacionais e a jurisprudência brasileira: lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro*. In: RODAS, João Grandino (coord.). *Contratos Internacionais*. 3. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. “Contrato Administrativo”. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (coord.). *Direito Administrativo Contemporâneo: estudos em memória do Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 307-326.

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo*. 3. ed.. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. “O contrato de direito público ou administrativo”. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, n. 88, 1967.

\_\_\_\_\_. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 2. ed.. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1979.

BASSO, Maristela. *Contratos internacionais do comércio: negociação, conclusão, prática*. 3. ed. rev. atual.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración*. Buenos Aires: 1929, v. 1.

BREWER-CARÍAS, Allan. *Contratos Administrativos*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1992.

CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986.

CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade Civil do Estado*. Atualizador: José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, tomo I, 1957.

CRETELLA JR., José. *Droit administratif comparé*. São Paulo: Bushatsky, Editora da Universidade de São Paulo, 1973.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 10. ed.. Madri: Civitas, 2000, v. 1.

ESCOLA, Hector Jorge. “Noción y caracterización de los contratos administrativos”. In: *Estudios de derecho administrativo*. Montevideo: 1979, t. 1.

ESTORNINHO, Maria João. *Réquiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed.. São Paulo: Malheiros, 2003.

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

\_\_\_\_\_. *Do Conceito do Contracto Administrativo*. Curitiba: 1937.

\_\_\_\_\_. “Las prácticas administrativas y el control de la moralidad”. In: *Revista Argentina de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, n. 17, 1977.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Atualizador: Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo: interpretação de dispositivos da Lei 8.666/1993*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

JUSTEN Filho, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

LEÃO, Eliana Goulart; SENHORINHO, Eliane Maria. Observações sobre as licitações internacionais. *ILC – Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba, v.4, n. 45, p. 847-856, novembro de 1997.

MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed.. São Paulo: Max Limonad, 1963.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 8. ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.



MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 3. ed.. São Paulo: RT, 1977.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 10. ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MELO, Jairo Silva. *Contratos internacionais e cláusulas hardship*. São Paulo: Aduaneiras, 1999.

*Ordenações Afonsinas*. São Paulo: Saraiva, 1957, v.1, adaptada do português arcaico.

PARIZI Filho, João. A Sujeição de Licitações Brasileiras às Normas Internacionais. *NDJ*, São Paulo, *sine numero*, p. 476-480, 2000.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. 6. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Trad.: Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Livraria Almedina, 1981.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Livraria Almedina, 1988.

SANTOS, Álvaro Fabrício dos. Elementos conceituais da licitação internacional. In: *Licitação & Contratos (L & C)*. Brasília: v. 6, n. 64, p. 22-25, outubro de 2003.

SOUZA, Bernardo de. "A Publicidade dos Contratos da Administração Pública". In: *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, n. 1, 1999.

STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4. ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

\_\_\_\_\_. *Licitação e Contrato Administrativo*. 2. ed.. São Paulo: Malheiros, 1995.

