

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE
BACHARELADO EM DIREITO

JEFERSON SANTOS DE JESUS

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES DOS CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS

Aracaju
2017

JEFERSON SANTOS DE JESUS

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES DOS CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS

Monografia apresentada à Faculdade de Administração e
Negócios de Sergipe, como um dos pré-requisitos para
obtenção de grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Pedro Durão

Aracaju
2017

J58p

JESUS, Jeferson Santos de

Princípios Constitucionais Norteadores Dos Contratos Administrativos. Jeferson Santos de Jesus. Aracaju, 2017. 50 f.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

Orientador: Prof. Dr. Pedro Durão

1. Direito Administrativo 2. Princípios 3. Contratos 4. Limites 5. Indivíduo I. TÍTULO.

JEFERSON SANTOS DE JESUS
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES DOS CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS

Monografia apresentada à comissão julgadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, como um dos pré-requisitos à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovada em ____/____/2017.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Pedro Durão

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof. Me. Marcel Figueiredo Ramos

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof. Me. Miguel Ângelo Feitosa de Melo

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

À minha mãe.

AGRADECIMENTOS

A Deus por iluminar minha trajetória e me dar discernimento para prosseguir forte nesse sonho. A toda minha família, em especial a minha mãe que sempre está me apoiando.

A Fanese e a todos que fazem parte do curso de direito, em especial aos professores e coordenadores por seus conselhos e ensinamentos.

A meu orientador Prof. Dr. Pedro Durão, por ter acreditado em mim e neste trabalho, pela atenção ao longo desse processo de orientação, pela leitura cuidadosa e pelos comentários precisos. Acima de tudo, pela inspiração de um professor verdadeiramente com o direito e os seus alunos.

A todos que contribuíram de alguma forma para a realização dessa conquista, principalmente a meus amigos que compartilharam a graduação, pela paciência, carinho e companheirismo.

Se você encontrar um caminho sem obstáculos ele provavelmente não leva a lugar algum.

Frank Clark

RESUMO

O presente trabalho acadêmico tem por objetivo tratar da problemática dos princípios constitucionais norteadores dos contratos administrativos perante os seus administrados no que se refere à prevalência de suas prerrogativas para defesa de seus interesses, observado os limites e possíveis abusos aos direitos de garantias do indivíduo, analisando profundamente os instrumentos de ordem jurídica adotados pela administração pública com vistas à aplicabilidade e efetivação de seus preceitos como forma de estabelecer o interesse social sobrepostos ao interesse particular. Desta feita, prevalecem assim, seus princípios exorbitantes e estabelecem uma superioridade de interesses garantindo o que for mais conveniente para a administração pública. Busca-se entender de que maneira a administração pública pode garantir sua eficácia e aplicabilidade tornando concreta a proteção dos princípios constitucionais inerentes contratos administrativos a exemplo da supremacia do interesse público e indisponibilidade do interesse público, proteção essa que se encontra tutelada em inúmeras normas legais, bem como na Constituição Federal Brasileira.

Palavra-Chave: Direito Administrativo. Princípios. Contratos. Limites. Indivíduo.

ABSTRACT

This academic work aims to address the problem of guiding constitutional principles of administrative contracts with regard to the prevalence of its prerogatives to defend their interests, subject to the limits and possible abuses of the individual guarantees of rights, analyzing deep the instruments of law adopted by the government with a view to applicability and effectiveness of its precepts as a way to establish social interest superimposed on the particular interest. This time, prevail so exorbitant principles and establish a superiority of ensuring the interests that is most convenient for the public administration. Seeks to understand how the government can ensure its effectiveness and applicability making concrete protection of constitutional principles inherent administrative contracts such as the supremacy of public interest and availability of the public interest, protecting that which is safeguarded in numerous legal standards, as well as the Brazilian Federal Constitution.

Keywords: Administrative Law. Principles. Limits. Contracts. Individual.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 DIREITO ADMINISTRATIVO APLICADO.....	12
2.1 Sentidos e funções da administração pública.....	13
2.2 Importância dos atos administrativos.....	15
2.2.1 Elementos constitutivos dos atos administrativos.....	16
2.2.2 Atributos dos atos administrativos.....	18
3 PRINCIPIOLOGIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	20
3.1 Princípio da legalidade	21
3.2 Princípio da impessoalidade	22
3.3 Princípio da moralidade administrativa.....	24
3.4 Princípio da publicidade.....	25
3.5 Princípio da eficiência.....	25
4. CONTORNO JURÍDICO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	27
4.1 Análise conceitual.....	27
4.2 Perfil característico e classificativo.....	29
4.2.1 Contrato de obras públicas.....	31
4.2.2 Contrato de prestação de serviço.....	32
4.2.3 Contrato de fornecimento.....	33
4.2.4 Contrato de concessão.....	33
4.2.5 Outros contratos.....	36
5 EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	39
6 APORTE CONCLUSIVO.....	45
REFERÊNCIAS.....	48

1 INTRODUÇÃO

Os princípios constitucionais que norteiam os contratos administrativos têm um importante papel no contexto normativo da matéria em comento, por ser fator decisivo para resguardar e garantir formas de privilegiar seus interesses diante de terceiros. Desta forma, a Administração Pública consegue sobrepor nas relações entre esta e seus administrados, os seus interesses diante de promessas individuais por defender implicitamente o interesse público. A supremacia do interesse público, a legalidade, a impessoalidade, entre outros princípios, traz em seu bojo um aspecto constitucional de garantismo para a Administração Pública, fazendo-se prevalecer sempre seus interesses, pois se compreende que a sociedade como um todo deva conhecer, buscar, cobrar e se resguardar na efetivação de tais princípios.

Dessa forma, o tema abordado trouxe a necessidade de uma reflexão analítica dos instrumentos de ordem jurídica que dota a Administração Pública para a concretização e efetivação de seus preceitos como forma de prevalecer o interesse social, e assim, garantir o que for mais conveniente para a administração pública frente ao poder de busca à defesa e proteção dos direitos pelos quais o cidadão possui para evitar possíveis abusos que a administração pública possa causar aos interesses individuais desse cidadão.

Este trabalho consistiu no estudo dos princípios constitucionais aplicados aos contratos administrativos, bem como sua aplicabilidade no caso concreto nas relações entre a administração públicas e terceiros. E assim, pretendeu-se enfatizar o estudo sobre a real finalidade da lei dirimindo suas controvérsias gramaticais tanto do ponto de vista do contexto jurídico e social quanto das opiniões dos especialistas no assunto. E assim, fez-se necessário recorrer ao instrumento normativo e aos doutrinadores que tratam a matéria com clareza, desde o ponto de vista histórico até suas formas de aplicabilidade e eficácia dos dias atuais para melhor aprofundar e compreender a construção, estruturação e uma explicação analítica sobre o tema em comento.

Desta forma, o trabalho apresentado teve como objetivo principal realizar uma análise dos princípios constitucionais que norteiam os contratos administrativos e suas aplicabilidades no contexto concreto das relações entre a administração pública e terceiros identificando e distinguindo os instrumentos normativos que

beneficiem as prerrogativas da Administração Pública nas relações contratuais sem abusar dos direitos inerentes individuais do cidadão.

Sendo assim, a metodologia utilizada para o desenvolvimento desta pesquisa foi bibliográfica, onde buscamos compreender através de grandes autores qual o entendimento de cada um deles acerca do tema. Foi também, durante o desenvolvimento deste trabalho acadêmico, necessário a pesquisa em documentos e ainda, informações em sites da internet para complementar o assunto abordado.

A pesquisa documental realizada teve como fonte de coleta dados e esteve restrita a documentos escritos, com confecção de resumos, citação e comentários, constituindo o que se denomina de fontes primárias, visando pontos relevantes das obras e documentos pesquisados.

Desta feita, o método científico adotado fora o hipotético-dedutivo, com a comprovação de fatos, partindo da generalidade para o particular de maneira exploratória trazendo normas e indicando posicionamentos doutrinários a respeito dos princípios constitucionais que norteiam os contratos administrativos.

Esta pesquisa tem como preocupação a ocorrência de problemática pertinente ao tema, enfocando nos conflitos existentes em relação à prevalência de alguns princípios sobre outros para aplicabilidade e eficácia dos interesses administrativos, sobreposto a interesses particulares nas relações contratuais como também, tentar explicar o objetivo precípua da lei para justificar tais medidas.

No procedimento metodológico, buscou-se realizar ponderações acerca do tema abordado e em seguida, analisar sistematicamente tentando interpretar as ideias do legislador na elaboração da norma, como também, o posicionamento dos doutrinadores pesquisados, explorando-os e interpretando-os de maneira que esclareça facilmente seus conceitos sobre o objeto de estudo desse trabalho.

Ao concluir o levantamento bibliográfico, procedeu-se a leitura analítica do material, a qual compreendeu as análises textuais, temática e interpretativa. Buscou-se por este estudo um maior esclarecimento acerca da temática abordada, em que pese dificuldades encontradas com a escassez de livros, revistas, artigos, entre outros, que tratem da matéria.

2 DIREITO ADMINISTRATIVO APLICADO

Inicialmente para que possamos adentrar ao assunto problema do tema é necessário conceituar o direito administrativo. Agustín Gordillo (2011, p. V-28), tem definido como “la rama del derecho público que estudia el ejercicio de la función administrativa y la protección judicial existente contra ésta”. Utilizando-se de um conceito descritivo, trazendo sentido objetivo e subjetivo à Administração Pública. Di Pietro (2014), dá em sua definição de objeto de maneira explanadora a ideia de Direito Administrativo correlacionando seus agentes, órgãos e pessoas jurídicas que desenvolvem atividades administrativas, como também na utilização de seus bens com finalidade pública. Neste raciocínio, de acordo com Meirelles (2014), em sua definição de Direito Administrativo tomando por base o critério da administração, trata-se de correlacionar princípios jurídicos de forma harmoniosa na regência dos seus órgão e agentes em suas atividades públicas para atingir os desejos do Estado.

É certo que o Direito Administrativo:

[...] o direito administrativo, com a evolução que o vem impulsionando contemporaneamente, há de focar-se em dois tipos fundamentais de relações jurídicas: uma, de caráter interno, que existe entre as pessoas administrativas e entre os órgãos que as compõem; outra, de caráter externo, que se forma entre o Estado e a coletividade em geral. (CARVALHO FILHO, 2012, p. 8)

O autor prossegue afirmando que é esta disciplina que regula a relação entre a Administração Direta e a Administração Indireta, ou seja, deve reger as relações entre as pessoas e os órgãos do Estado sempre visando o interesse público.

Melhor explicitando, o Estado para que haja o bem público deve:

Criar as condições necessárias para que os indivíduos vivam de forma harmônica e solidária na sociedade e desenvolvam suas aptidões físicas, morais e intelectuais. Isto porque, à sociedade política compete assegurar as condições indispensáveis ao bem geral. (GAVIÃO PINTO, 2008, p. 131)

Assim, para haver harmonia, a função administrativa do Estado deve primeiramente atender ao interesse público.

Para Mazza (2012), o entendimento do Direito Administrativo é um ramo que compreende os princípios e normas, sendo que o primeiro norteia todo o ordenamento jurídico, e o segundo, se baseia em comandos específicos voltados a determinados comportamentos. De acordo com o autor, diferencia-se esses dois institutos da seguinte maneira: os princípios são aplicados a uma vasta quantidade de casos concretos, enquanto as normas são utilizadas em menos situações. Outra diferença é que os princípios possuem posição hierárquica superior à das normas, desse modo as normas só terão validade se houver compatibilidade com os princípios. Desde que seja observado a desigualdade entre a administração e os administrados, a presunção de legitimidade dos atos da Administração e a necessidade de poderes discricionários para a administração atender ao interesse público, a Administração será regida pelos princípios da filosofia e do Direito Privado.

2.1 Sentidos e funções da Administração Pública

Entende-se por administração pública, a atividade de gerir interesses públicos, ou seja, administrar bens e interesses, como também planejar, executar e servir, em sua modalidade formal, um conjunto de órgãos vinculados na consecução de atender os interesses do governo. Já em sua modalidade material, trata-se de um apanhado de funções necessárias de caráter público em geral.

Alguns autores conotam a ideia de dois sentidos: o sentido objetivo e o subjetivo. Segundo Di Pietro (2014), em seu sentido subjetivo, incumbe-se a administração pública de distinguir quais os entes e seus agentes estão aptos a exercer a função administrativa. Já no sentido objetivo está evidenciada nas atividades administrativas realizadas por estes entes, trata-se da prática da função pública.

Nesta ótica, entende-se que no sentido subjetivo deve levar em consideração o sujeito da função administrativa, isto é, quem a exerce. É pôr em relevância a própria função administrativa, ou seja, quando qualquer dos Poderes (Executivo, Judiciário e Legislativo) estiverem exercendo função administrativa, os órgãos e agentes serão parte da Administração Pública. Já em sentido objetivo, consiste “na própria atividade administrativa exercida pelo Estado por seus órgãos e

agentes, caracterizando, enfim, a função administrativa” (CARVALHO FILHO, 2012, p. 12).

Não há dúvida da relevância do poder estatal, inobstante isso “seja uno, indivisível e indelegável, ele desdobra-se em três funções: a legislativa, a executiva e a jurisdicional.” (DI PIETRO, 2014, p. 51).

Em observância ao art. 2º da Constituição Federal percebe-se estar previsto que os Poderes são independentes e harmônicos, não se confundindo entre eles suas atividades, porém para melhor entendimento, Mazza (2012, p. 61) resume afirmando que “as funções típicas são o mais importante instrumento garantidor da independência; as funções atípicas constituem ferramenta indispensável para viabilizar a harmonia entre os Poderes”

O Estado tem sua vontade expressa por seus agentes sendo que a atividade administrativa compreende a gestão dos interesses da comunidade. Deve-se levar em consideração que a distribuição dessas atividades administrativas se dá pela predominância de interesses. Desta forma a União desempenha os interesses nacionais enquanto os Estados com o interesse regional e os Municípios os interesses locais.

De modo geral a administração pública exerce três funções principais, seriam elas: o poder de polícia que “consiste na limitação e no condicionamento, pelo Estado, da liberdade e propriedades privadas em favor do interesse público.” A segunda é a prestação de serviços públicos que se enquadra como uma função positiva exercida pelo Estado. Já a terceira e não menos importante é a realização de atividade de fomento, ou seja, o incentivo para setores sociais que estimulam “o desenvolvimento da ordem social e econômica” (MAZZA, 2012, p. 45).

É importante distinguir, brevemente, a Administração Pública Direta da Indireta. Observe-se que esta vinculação não significa dizer que há uma subordinação entre a Administração Pública e o ente estatal, mas sim um controle administrativo daquela sobre essa. A primeira compreende por ser aquela exercida pela própria União, Estados e Municípios. Já a indireta é a exercida por pessoas jurídicas as quais não se confundem com os entes federados, elas são as autarquias que possuem autonomia financeira, sendo que essa autonomia é especificamente administrativa, além de ter a finalidade de prestar serviços públicos, as fundações e os consórcios podem ser de natureza pública ou privada, apenas o que diferencia é o regime jurídico que às constituiu. Já as empresas públicas e sociedades de

economia mista que fazem parte das denominadas empresas estatais, são empresas de direito privado, mas com o capital público.

2.2 Importância dos Atos Administrativos

Este instituto possui um papel relevante de controle sobre as atividades realizadas pela Administração Pública. Mas antes não havia tal controle, o soberano aplicava a fiscalização e aplicação das limitações de acordo com sua vontade, após, o legislativo passou a ter o poder de criar normas para a administração pública e assim ficava para o Imperador e para a própria administração preencher as lacunas da lei, de forma genérica. E, desse modo, não havia como ser observado a legalidade e os princípios que eram aleatoriamente estabelecidos.

Todavia, com o surgimento da República e sendo aplicado o modelo norte-americano, ganhou-se o status de expressão da vontade do povo, e a administração passou a executar conforme vontade popular analisadas pelo Parlamento. Contudo o Poder Judiciário passou a controlar os atos da administração sendo que a Constituição Federal de 1934 instituiu a ação popular e mandado de segurança para auxiliar nesse controle. Ademais as seguintes Constituições não trouxeram inovações a respeito do assunto, a única inclusão foi referente ao esgotamento das vias administrativas para que assim possa chegar a questão ao Judiciário.

Cabe-se esclarecer o que seria fato, ato e fato e ato jurídico e ato da administração. Simples é conceituar fato, qualquer tipo de acontecimento ocorrido em qualquer lugar. Já ato é uma conduta realizada por qualquer pessoa, decorre da vontade e do comportamento humano. Porém adentrando na seara jurídica temos fato e ato jurídico, sendo que fato, decorre de acontecimentos regulado por norma jurídica e que sofre seus efeitos, e ato seria uma conduta humana que gera efeitos jurídicos. Conveniente se faz, inicialmente, conceituar fato administrativo para que se torne claro que não pode ser confundido por ato. Tem-se por fato acontecimentos concretos que acabam por produzir efeito no direito, o qual não admite invalidação.

Mas qual a noção administrativa do ato administrativo?

[...] a) la orgánica, subjetiva o formal: función administrativa es toda la actividad que realizan órganos administrativos; b) la material, sustancial u objetiva: función administrativa es la actuación concreta, práctica, etc., del Estado, realizada por cualquiera de sus órganos. (GORDILLO, 2012, V. I, p. 6).

De acordo com Mazza (2012, p. 179) “antes de agir concretamente na aplicação da lei, o Poder Público passou a ser obrigado a expedir uma declaração de vontade anunciando a decisão adotada”, isso para legitimar sua decisão, e assim, essa declaração seria o ato administrativo.

Seguindo os critérios já explanados de forma esclarecedora pela autora de sentido objetivo e subjetivo, Di Pietro (2014), leciona que o ato administrativo se distingue de ato judicial e de ato normativo, pois os dois últimos são atribuições originalmente de outros poderes. Segundo a autora, sua definição advém da consideração da declaração de vontade do Estado na pessoa de quem o representante. E assim, produzir efeitos de ordem jurídica, imediatos, observando sempre a legalidade, seu regime jurídico de natureza pública, pois assim, afasta-se os atos praticados pelo Estado no direito privado e sempre se sujeitando ao controle judicial.

Em outra vereda, compreende-se que é “a exteriorização da vontade de agente da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público”. (CARVALHO FILHO, 2012, p. 98).

Desta forma, goza a Administração da presunção de legitimidade de veracidade nos atos praticados, vez que, presume-se que os atos praticados pela administração atendem a observância da lei.

2.2.1 Elementos constitutivos dos Atos Administrativos

Para a doutrina, constituem a formação de um ato administrativo: o sujeito competente, a forma, o objeto, o motivo e a finalidade. O primeiro porque não é por qualquer pessoa que os atos administrativos são praticados. Deve ser por um agente público, sujeito, “a quem a lei atribui competência para a prática do ato” (DI PIETRO, 2014, p. 212).

Baltar (2014, p. 153) conceitua competência como “atribuições funcionais” dadas às entidades, órgãos e agentes públicos para o desempenho das funções. Deve ser observado sempre o que a lei define, sendo assim, será a lei que definirá quem é competente. Esse autor conclui que a legalidade é a principal característica de um ato administrativo.

Para que um ato administrativo seja válido é necessário que seja realizada a observância das formalidades para dar garantias jurídicas à administração pública na consecução dos seus atos em forma de procedimentos administrativos, como também, para seus administrados. Buscando assim, efetividade na presunção de legitimidade e da veracidade.

Já por objeto tem-se que é o ato, isto é, considerado como os efeitos jurídicos produzidos pelo ato. Assim, o objeto pode ser dividido em natural e accidental, o qual o primeiro é “o efeito jurídico que o ato produz, sem a necessidade de expressa menção; ele decorre da própria natureza do ato” já o segundo é quando: “o efeito jurídico que o ato produz em decorrência de cláusulas acessórias apostas ao ato pelo sujeito que o pratica”. (DI PIETRO, 2014, p. 216)

O objeto pode ou não está disposto em lei e dessa forma seria vinculado ou discricionário. Quando vinculado o agente apenas atua como executor da lei, pois a lei já determina as hipóteses e desse modo cabe somente o seu cumprimento. No caso da discricionariedade, como a lei não prevê situações, fica na responsabilidade do agente determinar quais seriam as situações fáticas sem que esse não se afaste dos princípios administrativos.

Mais um pressuposto para a formação do ato administrativo seria o motivo, nesse apenas por sua palavra já se subentende que significa a razão que dá ensejo a edição de um ato. “Situação de fato ou de direito que gera vontade do agente quando pratica o ato administrativo” (CARVALHO FILHO, 2012, p. 111). De igual modo à classificação do objeto se dará a do motivo, sendo discricionário ou vinculado.

Por fim, tem por finalidade “o resultado que a Administração quer alcançar com a prática do ato” (DI PIETRO, 2014, p. 218). A característica principal da finalidade é ser vinculada, ou seja, a lei determina, explícita ou implicitamente, a produção do ato administrativo, o legislador é quem define o que o ato deve alcançar como finalidade. Desta forma, para cada propósito da Administração haverá na lei um determinado ato.

2.2.2 Atributos dos Atos Administrativos

Faz-se necessário, após a apresentação dos pressupostos dos atos administrativos, mencionar os atributos que os distinguem dos atos praticados no direito privado, tais aparecem em razão dos interesses que a Administração representa quando da sua atuação. Não há entendimento pacificado pela doutrina quanto a designação fiel dos atributos administrativos. Porém, tem-se que levar em consideração alguns atributos indispensáveis à efetividade do ato administrativo. São eles: a presunção de legitimidade e de veracidade, a imperatividade, a exigibilidade, a autoexecutoriedade e a tipicidade.

O primeiro consiste que toda atuação da Administração deve seguir o que a lei determina, sendo que só se enquadram aqui os atos administrativos praticados pelo regime de direito público. Enquanto um se preocupa em efetivar a legalidade do ato jurídico praticado o outro se encarrega de oferecer veracidade aos fatos alegados pela Administração Pública, pois sem os mesmos toda atividade administrativa seria questionável. Este último, inverte o ônus da prova Para Di Pietro (2014), mesmo a administração gozando do princípio da presunção de legitimidade e veracidade, entende a autora que a Administração não deve se eximir da responsabilidade de provar a sua verdade quando em momento oportuno.

A imperatividade se dá pela imposição de determinado comportamento a seus Administrados, sem necessitar a anuência deste e muitas vezes podendo contrariar os interesses desses. Ou seja, de forma unilateral criar e impor obrigações a terceiros. Esse atributo só está presente em atos que impõem obrigações, desta forma, excluem-se as licenças, autorizações, permissões, advindos de solicitação do administrado, como também os pareceres, atestados e certidões de cunho enunciativos. Quanto a exigibilidade, esta, se dá quando o Administrado é obrigado a observar as obrigações impostas pelo ato. O administrador pode decidir qual decisão tomará sem que haja necessidade de acionamento do judiciário e nem a incidência de multa por desobediência.

Mais um dos atributos é a autoexecutoriedade que concede à Administração Pública o direito de executar direta e imediatamente, podendo até mesmo se utilizar da força para sua execução, frise-se sem necessidade de autorização do Poder Judiciário. Em verdade, é uma prerrogativa utilizada para garantir a segurança e o bem-estar da sociedade, desse modo assegura o interesse público, mesmo não

sendo regra nos Atos da Administração Pública e apenas é cabível quando a Administração não tem mais outro modo para fazer valer o determinado, ou até quando a opção que tenha não produza o resultado esperado, quando for medida urgente e que sem ela ocasione prejuízo ao interesse público.

E, além disso, só deve ser aplicada nos casos em que houver expressa previsão legal, não se aplicando às penalidades de natureza pecuniária. A tipicidade é um dos atributos dos Atos Administrativos, em que estes devem estar predefinidos em lei para produzir seus resultados. E assim, garantir segurança jurídica ao administrado em razão de afastar “a possibilidade de a Administração praticar atos inominados” de maneira unilateral, como também totalmente discricionário ao particular sem que haja previsão legal. Diferentemente do que acontece entre particulares que decorre do princípio da autonomia da vontade (DI PIETRO, 2014, p. 210).

Além dos pressupostos e atributos, o ato administrativo goza de prerrogativas como o poder vinculado ou discricionário que sobrepõe o interesse público em detrimento do particular. No poder vinculado a Administração atua nos estritos limites da lei, simplesmente porque a lei não deixou opções. A lei tipifica o comportamento diante de uma hipótese, ou seja, o administrador não interfere, tendo apenas a opção de agir dentro dos requisitos preestabelecidos.

Já os atos discricionários podem ser considerados como aqueles que a lei prevê vários comportamentos a serem adotados em uma determinada situação, ou seja, a lei uma margem de autonomia ao caso concreto e a partir disso o administrador fará o juízo de conveniência e oportunidade e com liberdade poderá fazer a escolha de qual comportamento seguir, isso sem extrapolar os limites da lei. Desta forma, o ato é vinculado quando existe apenas uma solução já estabelecida em lei, cuja a Administração deve se limitar sem análise subjetiva do ato praticado e o ato é discricionário quando a Administração Pública goza da possibilidade de utilização da oportunidade e conveniência para solucionar no caso concreto os seus interesses.

3 PRINCÍPIOLOGIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Antes que haja a explanação dos princípios que constituem a administração pública, necessário se faz a conceituação do que se trata o mesmo. Os princípios são regras que oferecem harmonia e coerência quando na interpretação da lei, além de tentar eliminar algumas lacunas para a conclusão de entendimentos dos aplicadores do direito.

Para Pinto (2008, p. 130):

É preciso se ter presente que os princípios, sejam princípios constitucionais ou princípios gerais de direito, sempre marcaram a ciência jurídica, e isto se justifica pelo fato de que se fundam em premissas éticas extraídas da lei, sendo verdadeiros focos de luz, capazes de iluminar e orientar o intérprete da norma.

O mesmo explana que o direito administrativo é um ramo constituído por princípios e normas que regem a atividade administrativa, e como já mencionado, esses princípios se encontram organizados de forma harmoniosa. Neste sentido no Direito Administrativo estão contidos princípios específicos como também de outros ramos do direito público. Para Di Pietro (2014), vários são os princípios informados no direito público. Porém, diante do atrito entre a liberdade do indivíduo frente à autoridade da administração se toma como base os princípios da legalidade e o princípio da supremacia do interesse público perante o particular para que a partir destes construa-se os demais.

Os princípios administrativos são basilares para o ordenamento jurídico, pois absorvem funções primordiais nos desembaraços causados por dúvidas na interpretação dada à determinada norma em sua função hermenêutica. Como também, atuam de forma integralizada com preenchimento de lacunas deixadas pelo legislador.

São princípios da administração pública: a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Estão todos elencados no art. 37, de forma explícita na Constituição Federal da República os princípios norteadores da Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência;

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios

obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Vale ressaltar aqui que esses são apenas alguns, pode-se dizer que são os princípios básicos, todavia, há outros que estão implícitos como por exemplo o princípio da supremacia do interesse público implícito na Constituição Federal em seu art. 37, o qual veremos mais adiante.

Como destaca Andrade (2008, p. 3):

É relevante notar que na concepção positivista dos princípios constitucionais, em particular os princípios que regem a administração pública, hão de ser observados por todos os agentes públicos, agentes políticos e agentes delegados, como forma de garantia de validade de sua conduta administrativa, a qual deve ser lícita, impessoal, moral, pública e eficiente.

Além disso, é necessário que estes princípios sejam respeitados não só pelo Poder Executivo, mas por todos da Administração Pública em razão destes também executarem atos administrativos, em seu âmbito interno.

3.1 Princípio da Legalidade

Pode-se dizer que este é um dos princípios basilares, pois impõe ao caso concreto que a resolução dos conflitos seja seguida pela lei e ainda define seus limites, o que dá garantias de atendimento aos direitos individuais.

Tal princípio encontra-se vislumbrado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em três dispositivos diferentes, o que demonstra sua importância ao constituinte em deixar claro as intenções de controle estatal:

No art. 5º, II, cujo dispõe que ninguém será obrigado a fazer ou não algo a não ser que esteja previsto em lei, ou seja, depende da lei a Administração Pública para conceder direitos, criar ou impor obrigações.

Também no art. 37, aparece de forma clara elencando a obediência nas atividades administrativas pelo setor público em geral.

Já no art. 84, IV, também da Constituição Federal, enxerga-se “no sentido de que tais atos pressupõem a existência de uma lei a ser por eles regulamentada e, em decorrência, executada” (MAZZA, 2012, p. 87).

Deste modo, é uma forma de dar garantia, porquanto da mesma maneira que a administração não poderá agir senão conforme preceitua a lei, os administrados estão assegurados que se assim não for eles poderão deixar de cumprir as exigências da administração pública, pois se não estiver de acordo com a lei, torna-se arbitrária e inválida para seus efeitos. Logo,

[...] esse princípio coaduna-se com a própria função administrativa, de executora do direito, que atua sem finalidade própria, mas sim em respeito à finalidade pública imposta pela lei, e com a necessidade de preservar-se a ordem jurídica. (ANDRADE, 2008, p. 4)

Segundo Mello (2008), a legalidade não deve ser vista apenas como a ausência de oposição à lei, mas também a necessidade de autorização dela para haver condição de agir. Leciona ainda, que só será cumprida a legalidade quando atender a sua finalidade, e esta finalidade seria o limite ao poder discricionário.

Preocupado em criar mecanismos de controle de Estado, a constituição brasileira ainda implementou alguns remédios contra a ilegalidade administrativa a exemplo do Habeas Corpus, Habeas Data, Ação Popular, Mandado de Segurança e o mandado de Injunção. Porém, como não é possível que haja na lei todos os tipos de previsões se faz necessário que a Administração se valha da sua discricionariedade para que atinja a finalidade de aplicação do princípio da legalidade. Acolhe-se o princípio da legalidade em sua total amplitude, condicionando-o também à aplicação das regras constitucionais.

3.2 Princípio da Impessoalidade

O que dizer por impessoalidade? Quando não se refere ou se dirige a alguém em específico, melhor dizendo, quando os atos da administração são realizados com a finalidade do interesse público, e não do particular ou de certos grupos de pessoas. Confunde-se, por vezes, com o princípio da finalidade pôr o primeiro não poder se desvirtuar do interesse final que é o coletivo.

Este princípio estabelece que o Estado aja de forma neutra, imparcial e objetiva. Isto é, o administrador não pode beneficiar, favorecer, privilegiar qualquer pessoa. Sempre deve agir para atender a coletividade. A doutrina ainda compreende que a impessoalidade está ligada ao princípio da isonomia pelo fato de que a administração por não poder discriminar certos grupos e fazer distinção entre eles se

equivale a isonomia posto que essa entende que todos são iguais perante a lei, dessa maneira, a administração deve tratar todos os seus administrados de forma igual. Como diz Sá (2008, p. 8), o “atendimento deve ser imparcial, sem preferências, distinções, subjetividades, enfim, sem facilidades individuais em razão de circunstâncias relacionais alheias à previsão legal.”

Este princípio pode ser visto por dois aspectos, em primeira ótica relacionado a obrigação de observância ao interesse público exigindo do administrador o dever de se portar de maneira impessoal. Em segunda perspectiva quando a atividade administrativa praticada por algum agente é imputada ao órgão posto que a vontade deste se confunde com a pessoa jurídica, e desse modo, resta apenas uma vontade. A doutrina chama-a de teoria da imputação. No art. 37 da Constituição Federal em seu inciso II demonstra um exemplo do princípio da impessoalidade:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Em raciocínio semelhante, Di Pietro (2014), discorre neste princípio dois sentidos, sendo o primeiro de relacioná-lo a finalidade pública, onde toda atividade administrativa não pode prejudicar ou beneficiar pessoas escolhidas, mas deve sempre executar seus atos pautados no interesse público. E no segundo, que os atos praticados são imputados à vontade estatal e não a de seus agentes, razão pela qual, as realizações governamentais pertencem a entidade pública de quem as pratica

Resta demonstrado que o princípio da impessoalidade faz parte dos principais na Administração Pública, sendo que seu objetivo é “impedir que atos sejam praticados motivados pelos sentimentos de seus agentes, não pode haver infiltração de interesses alheios as finalidades públicas” (MORGADO, 2009, p. 11).

3.3 Princípio da Moralidade Administrativa

Também expresso no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, é um princípio ligado às expressões de probidade e boa-fé. Foi uma inovação trazida pela Constituição de 1988 Assim como os outros, este também é um pressuposto para a validade do ato administrativo. É considerado um dos princípios fundamentais do direito administrativo, no momento em que se observa uma conduta aparentemente compatível com a lei, mas, ainda assim, ofenda este princípio, deve ser invalidada. Esta moralidade não pode ser comparada à comum a vista que essa última faz a distinção entre o bem e mal, já a administrativa surge do meio interno, voltado a intenção do agente ao praticar o ato.

A Constituição Federal ainda o protege em seu art. 5º, LXXIII cujo dispõe que caberá ação popular para anular ato lesivo ao patrimônio do Estado, à moralidade administrativa entre outras coisas. A moralidade administrativa impõe à administração pública que proceda conforme a lei, bem como em conformidade com os princípios éticos, pois só assim haverá uma boa administração.

Como princípio expresso na Carta Magna há sanção para sua violação e o art. 37, § 2º da Constituição Federal, prever que serão nulos os atos da administração pública que ofender à moralidade administrativa. Outro exemplo de proteção também no texto constitucional é a prática do nepotismo.

Um ponto muito discutido é a autonomia do princípio da moralidade pondo em consideração o da legalidade. Deste modo, coloca em evidência se a moralidade apenas tem função auxiliar, sendo considerada um desdobramento do princípio da legalidade por estar intrínseco a ideia do desvio de poder no que concerne a utilizar de meios legais para almejar finalidades ilícitas. Tomando-se por norte o fato não haver na doutrina exemplo de invalidação de ato administrativo baseada exclusivamente na violação dele, ou se há existência da autonomia no princípio da moralidade. E assim, saberia qual foi a intenção do administrador ao praticar o ato. Contudo, nada impede que ele possua uma ligação com o princípio da legalidade, pois não há ato que ao violar a moralidade administrativa não viole a legalidade.

Há ainda uma ligação com o princípio da publicidade ao compreender que a administração deve publicar informações de administrados, bem como os referentes ao interesse público, de maneira que possibilite a população ter acesso aos dados

necessários para ajuizar ações judiciais ou até mesmo para que possam fiscalizar os atos do poder público. Isso não se aplicaria aos casos que exigem sigilo.

3.4 Princípio da Publicidade

Como o próprio nome já insinua, nada mais é que tornar público os atos administrativos, sua finalidade é a divulgação pública. Este princípio também se deu com a Constituição Federal de 1988. A publicidade trata de garantir a fiscalização por parte do coletivo, seja os interessados ou o povo em geral, sob os atos praticados pelo Poder Público. E mais, menciona os meios para a efetivação da publicidade, quais sejam: o habeas data (art. 5º, LXXII da Constituição de 1988), mandado de segurança que poderá ser utilizado quando necessitar de uma informação que seja de pessoa estranha a que pedir, a ação popular, o direito à informação e de certidão (art. 5º, XXXIII e XXXIV da Carta Magna).

A publicidade sempre deverá ser respeitada, sendo assim, apenas se em excepcionalidade quando assim exigir o interesse público prevalecerá sobre este princípio, mas o texto constitucional possui algumas exceções, por exemplo, a garantia do sigilo prevista no art. 5º, X da Constituição Federal: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Outra exceção é acerca do direito à informação cujo há ressalva sobre informações que são essenciais à segurança da sociedade e do Estado. A última está disposta no art. 5º, LX da citada “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”, isto é, para evitar um precoce prejuízo à imagem de uma figura pública ou profissional.

3.5 Princípio da Eficiência

Foi inserido pela Emenda Constitucional nº 19, em 4 de junho de 1998, e assim passou a ser expresso na Constituição vigente em seu artigo 37, *caput*. Dois aspectos devem ser observados a este princípio: o modo de atuação do agente público, como também o modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, prevalecendo sempre o bem comum.

Quando visualizado no tocante aos serviços, a eficiência está condicionada a uma boa prestação tanto no meio para ser implementado quanto no resultado que foi alcançado. Tal princípio é essencial para que a administração possa lograr bons resultados na prestação de serviço. Foi necessária sua implementação explícita, pois havia bastante insatisfação em relação ao modo de agir na realização dos fins prezados pela sociedade. Para saber se há sua violação, exige-se que seja analisado com ponderação, concordância prática e ser aplicado em conjunto com os outros princípios basilares da administração pública, a exemplo da legalidade, pois “nunca poderá se justificar a atuação administrativa contrária ao direito, por mais que possa ser elogiado em termos de pura eficiência” (DI PIETRO, 2014, p. 85).

4 CONTORNO JURÍDICO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

No caso dos contratos administrativos, foi a partir do século XX que se propagou a espécie de contrato utilizado pela administração pública e daí surgiu alguns questionamentos: se esse tipo de contrato era igual a um feito por particulares, como poderia distinguir um do outro e qual era o critério de distinção. Atualmente são regidos pela Lei 8.666/1993.

Ao propósito nem todo contrato realizado pelo Poder Público será um contrato administrativo. O que faz com que um mero contrato da administração se torne um administrativo é que este último visa o interesse coletivo, regido pelo direito público. Como a Administração não possui recursos necessários para realizar essa função, necessário se faz recorrer a um particular para solicitar ou alienar bens, contratar serviços por meio de terceirização ou a concessão de serviços públicos, fazendo isto mediante um contrato administrativo.

Por sua vez, Durão explica a relevância do feito licitatório nos contratos administrativos:

[...] la licitación es un conjunto de disposiciones reglamentarias destinadas a dar un formato al futuro contrato administrativo a ser concretado con el vencedor de la disputa. De este modo, una cuestión central es justamente su adecuada preparación, con criterios que deben ser objetivos, claros y específicos, sin impedimentos o arbitrariedades que puedan perjudicar a eventuales concursantes. (DURÃO, 2016, p. 48)

De acordo com Di Pietro (2014), a doutrina segue três correntes a respeito dos contratos administrativos, a primeira é que não existe contrato administrativo. A segunda totalmente contrária diz que todos os contratos da Administração Pública são contratos públicos. E a terceira corrente, que é a adotada pela maioria da doutrina brasileira, entende que existe o contrato administrativo de natureza própria que se distingue de um contrato de direito privado.

4.1 Análise conceitual

Segundo Carvalho Filho (2012, p. 142), contrato administrativo é um “ajuste firmado entre a Administração Pública e um particular, regulado basicamente pelo direito público, e tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza

interesse público”. Já Cunha (2012, p. 548), conceitua o contrato como sendo “o ajuste que a Administração Pública, agindo com supremacia, celebra com o particular para a realização dos objetivos de interesse público, nas condições fixadas pela própria Administração”.

Melo define como:

[...] 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 as sujeitam-se a variáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado. (MELO, 2009, p. 615)

França (2006), entende que os contratos administrativos seguem alguns princípios básicos: a autonomia da vontade, a obrigatoriedade dos preceitos convencionados, do consensualismo, da relatividade dos efeitos do contrato, da boa-fé e da função social. O primeiro concede às partes a liberdade contratual, mas esta anteriormente era tida como uma liberdade absoluta, a qual os contraentes utilizavam do livre arbítrio para contratar, sendo que atualmente leva-se em consideração que essa liberdade sofre limitações ao que diz respeito ao direito de celebrar contratos, ou seja, a liberdade de contratar.

O art. 421 do Código Civil prevê a ligação que a liberdade contratual deve ter com o princípio da função social, sendo que não deve ser interpretado como um impedimento à realização de contratos e seu cumprimento. A lei apenas assegura que os particulares realizem seus acordos de modo que não seja abusivo, garantindo o equilíbrio sem danos à sociedade. Consoante alguns doutrinadores, a função social legitima a liberdade contratual das partes.

O princípio da autonomia da vontade assegura o equilíbrio entre as partes bem como uma provável afetação do contrato à comunidade. Levando em consideração o contrato público, sua aplicação foi devida a partir do momento que a Administração Pública passou a se relacionar com particulares, dessa forma notou-se que havia necessidade de proteger alguns interesses, especialmente por ter que prevalecer o interesse público perante o particular. Em uma perspectiva e análise geral, percebe-se que este princípio preserva o interesse da coletividade, mas, o fato da Administração utilizar as cláusulas exorbitantes em nome do princípio da supremacia não quer dizer que assim cumprirá com os requisitos da função social.

Quanto a obrigatoriedade dos preceitos convencionados, como a nomenclatura já insinua, entende por ter as partes a obrigação de seguir o que foi acertado no contrato. Consensual para que não haja unilateralmente por parte da Administração Pública a imposição de seu querer, ou seja, deve ser “consubstanciada em acordo de vontades.” (DURÃO, 2014, p. 59). Por fim, o princípio da boa-fé está previsto no art. 422 do Código Civil:

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

O disposto estabelece que o contratado e o contratante ajam com lealdade e probidade. Exige uma transparência nas etapas do contrato como: elaboração, execução e término para que assim não haja um prejuízo a outra parte devido ao pacto. Como já explicitado anteriormente, a única exceção a este princípio trata-se das cláusulas exorbitantes em favor da Administração Pública.

Nota-se que apesar de diferenças entre os contratos públicos e privados, ambos se preocupam em assegurar e proteger a dignidade da pessoa humana bem como a função social do contrato.

4.2 Perfil característico e classificativo

O contrato administrativo compreende seu formato observando suas principais características, como exemplo: consensual, formal, onerosa, comutativa, sinalagmática, personalíssima, de adesão e geralmente precedido de licitação. Consensual porque precisa que haja manifestação de vontade das partes envolvidas. Formal porque deve seguir requisitos estabelecidos na Lei de Licitação e Contratos da Administração Pública (Lei 8.666/1993), estando vedado o contrato verbal com a administração e sendo realizado por meio de licitação, exceto quando se tratar de dispensa ou inexigibilidade.

Já onerosidade se dá porque deve haver uma remuneração de acordo com o convencionado pelas partes. Comutativo e sinalagmático posto que deve haver equivalência e reciprocidade das obrigações. Este é de adesão sendo que as cláusulas são estabelecidas pela Administração, não havendo possibilidade de discussão das mesmas pela outra parte, algumas cláusulas que devem estar presentes no contrato estão enumeradas no art. 65 da Lei 8.666/1993. E por fim,

personalíssimo, ou seja, a própria pessoa que se obrigou perante a Administração deverá levar a termo o contrato, exige confiança entre as partes.

Outra característica importantíssima no contrato administrativo são as cláusulas exorbitantes, “que não seriam comuns ou que seriam ilícitas em contratos celebrados por particulares, por conferirem prerrogativas a uma das partes (a Administração) em relação à outra” (DI PIETRO, 2014, p. 280), a qual difere os contratos administrativos dos contratos privados por decorrer do princípio da supremacia do interesse público em que a vontade da Administração se sobrepõe a do administrado. Essas cláusulas advêm da lei e são prerrogativas conferidas unicamente à administração pública. Segundo a doutrina essas cláusulas podem ser implícitas ou explícitas, as últimas dispostas no art. 58 da Lei 8.666/1993:

Art. 58. 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.

Algumas outras cláusulas e não menos importantes merece explanação a exemplo da exigência de garantia contratual disposta no art. 56, §1º, da lei supramencionada, que para efeitos de adimplemento do objeto pactuado por contrato, a Administração Pública pode exigir em uma das suas modalidades: caução em pecúnia ou títulos da dívida pública, seguro-garantia e fiança bancária, a devolução de até cinco (5) por cento do valor contratado. Tem-se a alteração unilateral e a rescisão unilateral como formas de cláusulas exorbitantes, pois a

Administração Pública desde que preenchido os requisitos legais ao caso concreto pode se valer para alterar ou rescindir unilateralmente um contrato administrativo.

Uma ressalva muito importante a ser feita é que a cláusula exorbitante não pode ser considerada abusiva posto que há previsão legal. Assim, além destas prerrogativas já ventiladas cabe ainda à Administração Pública a prerrogativa de fiscalizar o cumprimento do contrato, em que deverá observar se está sendo preservado o interesse público. Caso não esteja, poderá intervir determinando regularização, aplicando penalidades, bem como, rescindir o contrato.

Destarte que ao descumprir cláusulas contratuais, o contratado pode sofrer sanções pela Administração Pública, como seu objeto ser retomado imediatamente, ter seus bens, local ou qualquer material essencial para a continuidade da execução do contrato ocupado provisoriamente, a garantia contratual executada, bem como, ter os créditos derivados do contrato retido até o limite do prejuízo.

Importante expor, de forma sucinta, as espécies de contratos administrativos presentes no direito administrativo, quais sejam:

4.2.1 Contrato de Obra Pública

Previsto no art. 37, XXI da Constituição Federal, e, regulamentado pela Lei 8.666/1993, trata-se de um “ajuste por meio do qual a Administração seleciona uma empresa privada com a finalidade de realizar a construção, reforma ou ampliação de imóvel destinado ao público” (MAZZA, 2012, p. 389). Analisando bem esse conceito, nota-se que o doutrinador envereda pelo sentido mais restrito da interpretação, cuja Administração apenas poderia promover esse contrato com empresas particulares. Pois bem, as sociedades de economia mista e empresas públicas também podem ser partes desse contrato.

Da mesma sorte, Durão ratifica a obrigatoriedade expressa do acordo:

[...] El contrato para la construcción de esa obra consistiría, por su parte, en un acuerdo que dispusiera que la edificación estaría subordinada al pago a la otra parte. Como habría expresa contratación (teniendo en consideración el acuerdo entre voluntades opuestas: construcción de obra y pago) se estaría ante un verdadero contrato administrativo en el cual la selección de las empresas constructoras será realizada según las reglas licitatorias. (DURÃO, 2016, p. 132)

Uma distinção muito interessante a ser feita é acerca de obra e serviço, mas logo de início ao compará-los é bom frisar que ambos não necessitam de autorização legislativa para sua celebração, é preciso tão somente de licitação para tanto. A Lei 8.666/1993 dispõe como sendo obra a “construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta e indireta”, e, serviço sendo “toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração”, dentre estas: conserto, instalação, locação de bens, transporte, conservação, entre outros.

Diante do mencionado pela Lei supracitada, confere que essa prevê o instituto da obra de maneira taxativa, diferente do serviço, cujo legislador ao expor de forma exemplificativa concede uma interpretação mais extensiva à aplicação do contato de serviço público, que abrange toda atividade na qual não está no conceito de obra pública.

4.2.2 Contrato de Prestação de Serviço

É regulamentado pelo direito público, também previsto na Constituição Federal em seu artigo 37. Possui como característica fundamental a participação da Administração Pública. Como já mencionado anteriormente, é considerado por toda atividade que tem como função obter utilidade de interesse da Administração. Devendo esta, atender os interesses da coletividade, onde prevaleça à atividade sob o resultado final. Neste tipo de contrato a principal obrigação da Administração é remunerar o contratado, e esse, prestar os serviços, o “que define e diversifica o serviço, abrangendo desde o trabalho braçal do operário até o labor intelectual do artista ou a técnica do profissional mais especializado” (MEIRELLES, 2014, p. 415).

Deste modo, faz-se necessário distinguir os diversos tipos de contatos de serviços, quais sejam: comuns, que não exigem habilitação específica para execução do contrato, técnicos profissionais, que exige daquele vai executar mais conhecimento, e exemplo dos serviços de engenharia e advocacia e os serviços técnicos profissionais especializados como o próprio nome já sugere, são aqueles que demandam um serviço de natureza singular e especializado. Tem-se ainda, Os trabalhos artísticos que podem ser celebrado sem licitação, desde que seja um serviço que exija o trabalho de um artista renomado pela opinião pública e consagrado no meio artístico, caso este de inexigibilidade de licitação.

4.2.3 Contrato de Fornecimento

Este tipo de contrato se dá quando a Administração adquire móveis para utilização em suas repartições ou lugares públicos, bem como à realização em suas obras. Confundido por parte da doutrina como desdobramento do contrato de compra e venda, o que difere do contrato administrativo. Porém, Di Pietro (2014), faz entender que passa a se tratar de contrato administrativo no tempo em que evidencia o caráter de supremacia como prerrogativas garantidas à Administração se utilizando com emprego das cláusulas exorbitantes quando o fornecimento for feito de forma: integral para entrega futura, parcelada, ou seja, quando da aquisição de bens de forma a parcelar sua entrega. E por fim, de forma contínua, ocorre quando a Administração acorda com o contratado que em determinadas datas devem serem entregues esses bens móveis ou semoventes de consumo habitual ou permanente, mas que necessita para dá continuidade à execução da obra ou serviço.

4.2.4 Contrato de Concessão

A Administração delega ao contratado a execução de certo serviço ou obra pública, ou até mesmo cede o uso de um bem, para que o particular o explore por conta própria, seguindo as condições estabelecidas pela Administração Pública. Um dos mais importantes tipos dessa espécie é o Contrato de Concessão de Serviço, que, decorre quando “o Poder Público opte por promover a prestação indireta de serviço público mediante delegação a particulares”. (MAZZA, 2012, p. 391) A doutrina agrupa três teorias, sendo: a unilateral, bilateral e a mista. Este doutrinador compreende que prevalece nesse tipo de contrato, a teoria unilateral, uma vez que se trata de apenas um ato unilateral, embora muitos entendam que seria a teoria bilateral, posto que advém da vontade de ambas as partes, a Administração e o concessionário. Já a mista se aplicaria por ser um conjunto de relações jurídicas distintas ligadas pela execução de serviço público.

O procedimento deve ser realizado através de licitação, em específico na modalidade de concorrência pública. As características desse contrato são àquelas gerais já mencionadas. Porém, possui outras, como a necessidade de lei específica onde o legislador analisará e decidirá qual a forma que será realizada a prestação

do serviço, se mediante delegação ou diretamente pelo poder Público. Prevê cobrança de tarifa, que não terá caráter de tributo, ou seja, será cobrada como contraprestação pelo uso do serviço como forma de contribuição de melhoria, ou seja, a Administração não remunera o concessionário e sim os frutos gerados pela utilização e possui prazo para término da concessão, o qual será estabelecido no termo final, sendo que não pode ser determinado como prazo indeterminado.

No que tange as obrigações, a Lei 8.987/1995, traz em seu texto o rol destas. Em seu art. 7º, estão elencadas tanto os direitos quanto as obrigações dos usuários, entre elas: receber serviço adequado; obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha, observadas as normas do poder concedente; obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso, observadas as normas do poder concedente; contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços, entre outras.

Tal como está previsto, no art. 29, os deveres do poder concedente: regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação; aplicar as penalidades regulamentares e contratuais; intervir na prestação do serviço, nos casos e condições previstos em lei; zelar pela boa qualidade do serviço, receber, apurar e solucionar queixas e reclamações dos usuários, que serão cientificados, em até trinta dias, das providências tomadas; declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis; entre outros.

Sua extinção ocorre mediante caducidade, encampação, rescisão, anulação, falência ou extinção da empresa, ou, falecimento ou incapacidade do titular. A encampação “é a retomada do serviço público, mediante lei autorizadora e prévia indenização, motivada por razões de interesse público, justificadoras da extinção” (MAZZA, 2012, p. 397).

Já a caducidade ocorre quando há o descumprimento das obrigações. O art. 38, § 1º da Lei supracitada elenca as hipóteses que ensejam essa modalidade de extinção:

[...] § 1º A caducidade da concessão poderá ser declarada pelo poder concedente quando:

I - o serviço estiver sendo prestado de forma inadequada ou deficiente, tendo por base as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço;

II - a concessionária descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares concernentes à concessão;

III - a concessionária paralisar o serviço ou concorrer para tanto, ressalvadas as hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior;

IV - a concessionária perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido;

V - a concessionária não cumprir as penalidades impostas por infrações, nos devidos prazos;

VI - a concessionária não atender a intimação do poder concedente no sentido de regularizar a prestação do serviço; e

VII - a concessionária não atender a intimação do poder concedente para, em 180 (cento e oitenta) dias, apresentar a documentação relativa a regularidade fiscal, no curso da concessão, na forma do art. 29 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. (Redação dada pela Lei nº 12.767, de 2012)

Segundo o doutrinador citado anteriormente, esse tipo de extinção não ocorre sem que seja declarada pelo poder concedente, através de decreto, independente de indenização a favor do concessionário. Todavia, não exime o poder concedente do dever de indenizar os bens revertidos. Quanto a rescisão, diferente da caducidade, decorre de culpa pelo concedente quando esse descumprir as normas contratuais, desse modo, é direito da concessionária receber indenização em razão da extinção do contrato.

Já a anulação decorre de uma extinção por um defeito ou ilegalidade do contrato, podendo ser decretada de ofício pela Administração ou através de ação judicial. Não há, nesse caso, o dever de indenizar a concessionária, apenas ocorrerá quanto o que já fora executado, até a data da declaração da anulação. No que se refere a falência ou extinção da empresa, diante da “natureza personalíssima, o desaparecimento do contratado induz a extinção do vínculo contratual” (MAZZA, 2012, p. 399).

Outra modalidade de concessão é a precedida de execução de obra pública. Prevista no art. 2º da Lei 8.789/1995, é conceituada como uma construção, conservação, reforma, ampliação ou melhora em obras de interesse público, sendo que essas devem ser feitas antes da prestação do serviço.

Mais um tipo é a concessão de bem público, nessa o Poder Público concede a utilização de bem público em favor de particular, através de licitação, e por prazo

determinado. Frise-se que deve ser realizado exclusivamente a favor do interesse público. Essas últimas, da mesma maneira que a concessão de serviço, é realizada por meio de licitação por concorrência pública, formalização por contrato e prazo determinado.

Tem-se ainda a Parceria Público-Privada, conhecida por sua sigla PPP, regulamentada pela Lei 11.079/2004, e com alteração dada pela Medida Provisória, converteu-se na Lei 12.766/2012. Tem-se por definição em seu art. 2º, “parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão na modalidade patrocinada ou administrativa”. Como bem mencionado na Lei citada é um contato administrativo de concessão na modalidade patrocinada quando se sujeita a contraprestação pecuniária paga pela Administração Pública ao parceiro privado por serviço delegado a este, precedidos ou não de obra pública para que execute em nome próprio deste último com acréscimo de pagamento de taxa pelo usuário. Já a concessão administrativa a própria Administração Pública é a usuária direta ou indireta da prestação de serviço.

Essa parceria se dá como um modo de compartilhar os riscos entre o parceiro público e o privado, sendo que a tarefa pública é outorgada ao particular. A lei determina que seja realizada com prazo determinado, não podendo ser inferior a cinco anos, tampouco superior a trinta e cinco anos, além disso, o valor mínimo para esse tipo de parceria é de R\$20.000.000,00 (vinte milhões de reais). A doutrina considera como característica peculiar nessa espécie, a possibilidade de criar uma pessoa jurídica privada para gerir o objeto da parceria.

Esta Lei elenca diretrizes para a celebração da parceria, são elas: eficiência, respeito aos interesses e direitos, indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional e do exercício do poder de polícia, responsabilidade fiscal, repartição de riscos, transparência e sustentabilidade financeira. Ademais, também relaciona as vedações, quais sejam: que o contrato seja realizado por valor inferior a vinte milhões e pelo período inferior aos cinco anos, além de ser vedado o fornecimento de mão de obra, instalação de equipamentos e execução de mão de obra

4.2.5 Outros Contratos

Ainda discorrendo brevemente sobre as espécies de contrato, há a modalidade denominada Permissão, a qual sua formalização é realizada através de contrato de

adesão entre o permitente (Poder Público) e o permissionário (pessoa física ou jurídica), uma das características que prevalece é seu caráter precário, isto é, a Administração Pública tem o poder de alterar ou encerrar a qualquer momento o contrato, sem que necessite indenizar o permissionário. Ademais, em regra, não exige autorização legislativa para que se possa celebrar tal contrato. Não obstante, também se processa mediante licitação, mas nesse caso não haja modalidade específica.

Mais uma espécie é o Contrato de Gerenciamento que está disposto na Lei 8.666/1993. Por este se tem uma transferência de empreendimento por parte do Poder Público a um particular, ou seja, o gerenciador exercerá sua função em seu próprio nome, embora esteja sujeito ao controle do Poder Público contratante. Dessa forma, o gerenciador ganha autonomia no desenvolvimento da atividade contratada, contudo, o Poder Público poderá aprovar ou não as propostas. Importante salientar que o gerenciador não executa o serviço, ele apenas monitora, coordena e fiscaliza.

Outro é o Contrato de Gestão. Regulamentado pela Lei 9.637/1998, a qual o conceitua:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, entende-se por contrato de gestão o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º.

Como se vislumbra, é um contrato realizado entre a Administração e as organizações sociais, onde será especificado na elaboração do mesmo, as atribuições, responsabilidades e obrigações entre o Poder Público e a organização social, devendo ser observado os princípios gerais do direito administrativo. Este tipo de contrato é realizado sem a necessidade de concessão ou autorização. Ademais, mesmo sendo de interesse público não é necessário que seja prestado para o Poder Público.

Já o Termo de Parceria, é semelhante ao contrato de gestão por ser um instrumento que também discrimina as responsabilidades, obrigações e atribuições dos envolvidos, bem como está ligado à administração gerencial e ao controle de resultados. Também regulamentado pela Lei 9.637/1998, que, em seu art.10 elenca as cláusulas essenciais.

Por fim, o Consórcio Público. Neste, o contrato é firmado entre entidades federativas do mesmo tipo, o que já difere da modalidade convênio, que é firmado

entre entidades distintas. Embora ambos sejam contratos de mútua cooperação. Todavia, após a vigência da Lei 11.107/2005, conclui-se que há necessidade de instituir pessoa jurídica na formalização dos acordos empreendidos para contrair direitos e obrigações através de associação pública ou pessoa jurídica de direito privado. Essa importante característica de poder escolher entre adquirir personalidade jurídica de direito público (será denominada uma associação pública, prevalecendo o regime de cargo público no momento da contratação), como também de adquirir sua personalidade de direito privado (será regida pela legislação civil, prevalecendo o regime de emprego público), “equiparando-se a uma empresa estatal pela similitude de atuação da mesma na esfera da ação administrativa”. (DURÃO, 2009, p. 161). É de grande valia por atender aos diversos entes federativos interessados objetivando o interesse público nos ajustes pactuados, uma vez que é firmado entre entidades com objetivos em comum. Vale ressaltar que para formalização dos consórcios firmados, devem os entes federativos interessados previamente propor seus protocolos de intenções para posteriormente clausular os ajustes em contrato para dar validade jurídica no negócio. Assim, vislumbra a transparência dos atos administrativos a serem praticados e, com isto, possibilita a observância da sociedade nos planos da Administração.

Logo que adquirir personalidade jurídica poderá celebrar convênios, realizar desapropriações e instituir servidões por declaração de utilidade ou necessidade pública e de interesse social, outorgar concessão, autorização e permissão; ser contratado pela Administração direta ou indireta, bem como realizar arrecadação de tarifas por meio de prestação de serviços, uso ou outorga de bens públicos. Enfim, seu procedimento está previsto no decorrer do art.4º, da lei supramencionada.

5 A EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Em decorrência do individualismo jurídico exacerbado na transição entre os sécs. XIX e XX, período este, de grandes transformações no cenário econômico, político e social, passou o Estado a atuar de forma ativa com intervenção nas atividades até então propriamente privada, pois necessitou naquele momento que ações fossem feitas para limitar os interesses particulares em prol da coletividade, ampliando ainda o conceito de serviço público e do poder de polícia da Administração que além de possuir as imposições negativas, também passou a incorporar as imposições positivas (obrigação de fazer) em suas ações.

Para que possa haver uma melhor compreensão sobre esse princípio é preciso saber o que se tem por interesse público. É um tema controvertido que demandaria um trabalho específico para tanto, porém deve-se esclarecer seu conceito para assim destrinchar o princípio da supremacia do interesse público. A grande controvérsia no que tange se é um conceito indeterminado ou indeterminável. Uma das autoras que o considera indeterminado é Di Pietro (2010, p. 114) aponto seu entendimento:

[...] interesse público é um conceito jurídico indeterminado. Aceitar isso não é aceitar ideias como a de Humberto Ávila, que sustenta que, pelo fato de o interesse público ser de difícil concretização, vale dizer, não determinável objetivamente, deve ser recusado seu caráter ético-jurídico condicionante.

Entende-se por um conceito indeterminado porque não há uma certeza, há aspectos positivos e negativos. O interesse público é positivado por princípios ou regras, e sua indeterminação e subjetividade fundamenta maior parte das relações da Administração Pública.

Como a juíza Giovanna Mayer (2007), resume em seu artigo, Rousseau traz em seu livro que na primeira fase do interesse público o indivíduo passa a pôr em prioridade os interesses do coletivo acima dos seus, e por essa visão a autora conclui que houve uma alienação completa, segundo ela:

Percebe-se, portanto, que nesta primeira fase o indivíduo abdica de suas escolhas privadas em prol de uma escolha pública. Mitiga-se, assim, a ideia de esfera privada em detrimento a uma esfera pública.

O interesse público possui, portanto, uma conotação totalitária. Em nome da vida em sociedade, mitigariam-se os interesses privados em prol do interesse público.

Mas ao passar de tantas reconfigurações do conceito desse instituto, a lei passa a identificá-lo, mas ainda o traz indeterminado e alguns doutrinadores entende que se dá por uma diversificação do interesse particular. Não haveria então que se falar em conflito entre ambos, posto que a realização de um importa na do outro.

Esse seria entendimento de uma parte da doutrina, todavia, uma outra segue uma interpretação negativa cujo interesse público é conferido ao Estado por ser público e não por ser de titularidade do Estado, ou seja, o interesse público não se mistura com o interesse do agente público, entende-se, assim, aquilo que não pode ser considerado interesse público, delimitando melhor o objeto deste conceito.

Contudo, a doutrina majoritária segue o primeiro entendimento, e mais, considera que **todo interesse público é um interesse particular comum, além disso o fundamento do direito administrativo não está no interesse público e sim nos direitos fundamentais**, bem como afirma Silva (2012), e mais, prossegue sua linha de pensamento certificando que:

A afirmação da supremacia e indisponibilidade do interesse público resulta na atribuição ao governante de uma margem indeterminada e indeterminável de autonomia para impor suas escolhas individuais, o que dificulta o controle de sua atuação, sendo que os regimes democráticos vão mais além da fórmula da supremacia e indisponibilidade do interesse público.

E mais, o mesmo autor conclui que **uma decisão tomada com base e respeito aos direitos fundamentais é a legítima aplicação do interesse público, devendo prevalecer esse quando a lei assim determinar, ou, se a Constituição Federal não mencionar qual interesse deverá prevalecer no caso concreto, a Administração deverá analisar cada hipótese em conflito e ponderar qual a resposta aplicável na situação.**

Quanto **a supremacia do interesse público, trata-se de um princípio geral do direito, apesar de não está explícito no texto constitucional em seu art. 37, está presente tanto no momento de elaboração da lei bem como na execução pela Administração Pública, e desta forma, ele vincula a autoridade administração na sua atuação. E como já dito, por se tratar de um princípio geral, o interesse público deve prevalecer perante o privado e a Administração deve garantir o interesse público nos**

contratos administrativos por meio de processo licitatório, mediante a contratação de serviços e obras em favor da comunidade conforme a lei, ou até mesmo com a constituição de atos unilaterais.

Carvalho (2008, p. 60-61), compreende que a Administração deva considerar a sobreposição dos interesses da sociedade perante os interesses particulares para evitar os danos que ocorreriam se cada indivíduo ou grupo da coletividade tivesse por necessário buscar a concretização dos seus interesses particulares. Desta maneira, **é necessário que o Estado assegure o bem coletivo, posto que é um pressuposto para a própria sobrevivência da sociedade de forma harmônica.** Ela ainda menciona que a supremacia do interesse público se fundamenta no interesse geral da sociedade e na soberania popular.

Em sua obra, Di Pietro e Pinheiro (2010, p. 92-93) fazem menção ao princípio da supremacia do interesse público no direito administrativo e consideram que o mesmo se desenvolveu sob **duas ideias** distintas, sendo elas: **o princípio da legalidade o qual se fundamenta na proteção dos direitos individuais perante o Estado e as prerrogativas e privilégios concedidos à Administração Pública para satisfação do interesse coletivo,** a qual **limita os benefícios do direito individual em pro do bem-estar da coletividade.** Mas com o surgimento do Estado Social e Democrático de Direito ambos os princípios passaram a ter uma nova feição. O interesse público passou a ser confundido com a ideia de bem comum.

Segundo esses autores, há uma generalização excessiva quanto aos atributos do regime jurídico-administrativo, tal como a imperatividade e a autoexecutoriedade dos atos administrativos que não são aplicáveis a todos os atos, *verbis gratia*, os atos negociais que não se enquadram na imperatividade. Além disso, entendem que o interesse público está presente em todas as funções do Estado e não somente na administrativa. **Contudo se encontra nos quatro tipos de atividades da função administrativa do Estado, são elas: serviço público, fomento, polícia administrativa e intervenção.**

No que diz respeito ao serviço público têm-se por ser atividades inerentes ao Estado, ou seja, possuir titularidade dos atos a serem praticados tidos como essenciais para atender as necessidades da coletividade. Todavia, não significa dizer que por haver atividades de titularidade do Estado que não possa ser compatível com a liberdade de iniciativa e de livre competição, acontece que quando

este instituto foi criado pelo direito francês restou a ideia que algumas necessidades coletivas, mesmo que exercidas por particulares, devem ser prestadas com universalidade, gratuidade e continuidade (DI PIETRO; RIBEIRO, 2010, p. 95).

Na atividade de fomento o Estado ajuda e incentiva a iniciativa privada, pois entende que são merecedores por exercerem atividades que atendem às necessidades da coletividade. Já na polícia administrativa e na intervenção a função do Estado é impor restrições aos direitos individuais para benefício do coletivo, tal como o previsto na Constituição Federal:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Em uma análise à Constituição Federal observa-se que ela traz várias hipóteses em que o princípio da supremacia do interesse público prevalece ante o particular, demonstrando que a Carta Magna permite e a lei a disciplina, sendo assim, a Administração Pública apenas a aplica. Algumas hipóteses previstas são:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

[...]

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

[...]

Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado por leis complementares, que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Há uma discussão entre os aplicadores do direito, que se dizem inovadores e que até cogitam o término deste princípio. Eles possuem uma indignação quanto as prerrogativas inerentes a Administração Pública por concluírem que são causadoras de atitudes desvirtuadas, as quais as autoridades administrativas aproveitam para agir com autoritarismo, além de violarem os direitos fundamentais do homem. Mas o que os aplicadores do direito não compreendem é que o problema está na forma como as autoridades administrativas aplicam esse princípio, pois o direito administrativo leva em consideração o binômio autoridade-liberdade, apenas o que deve existir é um equilíbrio para que a Administração utilize das suas prerrogativas para a proteção do coletivo, e para que sejam observados os direitos fundamentais do particular protegendo-o do abuso de poder.

Essa parte da doutrina faz inúmeras críticas a este princípio, dentre elas compreende que é basicamente uma subordinação entre o particular e o Estado, ou seja, seria uma forma do Estado manter o poder absoluto. Como diz Di Pietro, essa doutrina “prega a volta de princípios próprios do liberalismo, quando se protegia apenas uma classe social e inexistia a preocupação com o bem comum” (DI PIETRO; RIBEIRO, 2010, p. 101). Mais uma crítica se relaciona ao fato que este princípio acaba propiciando arbitrariedade do Estado perante o particular e desta forma põe os direitos fundamentais à mercê do Estado, sacrificando-os em nome de interesses da coletividade. Para eles há uma ofensa ao sistema jurídico brasileiro posto que considera um desrespeito aos direitos fundamentais que ao se confrontar com o interesse público é desconsiderado.

A doutrina majoritária não segue o pensamento de que a supremacia do interesse público anula o interesse particular, pelo contrário, ela entende que é necessário aplicar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, posto que controlam a discricionariedade da Administração. A razoabilidade controlando os atos normativos e a proporcionalidade agindo nos atos administrativos, desta maneira seria capaz de invalidar certos atos e buscar um resultado desejável socialmente.

Além disso, como já dito, para que haja uma aplicação devida é necessário que o administrador aplique a supremacia do interesse público com ponderação, tendo em vista que o interesse do particular não pode ser desconsiderado perante o interesse público. Ademais, é fundamental pesar esses princípios em conflito, pois, pode ser que em alguma situação, o princípio da supremacia do interesse público

pode prevalecer, bem como pode ser que o interesse particular seja priorizado por ter maior peso em relação ao público. Di Pietro (2010, p. 119), entende da mesma forma:

Por fim, será visto que como os interesses veiculados pelos direitos fundamentais, de caráter individual ou mesmo coletivo/público, não são absolutos, a questão de qual interesse terá mais peso no caso concreto se resolve pelo juízo de razoabilidade/proporcionalidade, e não por um pretenso postulado de superioridade irrestrita do interesse coletivo, que, nesta proporção, jamais foi defendido nem pela moderna, muito menos pela clássica ou tradicional (que sempre foi mais “liberal”), doutrina do direito administrativo.

Quando houver a necessidade de decidir sobre qual interesse irá se sobrepor, deverá ser observado as circunstâncias do caso concreto, para que ambos os interesses sejam concretizados até o máximo, cujo um deles prevalecerá, por meio da ponderação e consenso, à luz dos princípios da dignidade humana e outros princípios constitucionais.

6 APORTE CONCLUSIVO

Inicialmente foram analisados os princípios gerais da Administração Pública, quais são: princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Deve haver respeito e observância a esses princípios por parte de todos os Poderes, principalmente por praticarem internamente atos administrativos que devem se fundamentar nos seguintes requisitos: competência, finalidade, forma, motivo e objeto, caso contrário pode implicar em um abuso de poder, desvio de finalidade ou até mesmo em improbidade administrativa. Restou demonstrado a importância de cada um para o direito administrativo.

Foram postos em destaque as cláusulas exorbitantes, tidas como prerrogativa inerente ao contrato administrativo, constatou-se que elas concedem à Administração a possibilidade de o contrato ser alterado unilateralmente tornando os contratos desprovidos de igualdade entre as partes, mas o uso deste privilégio se esclarece pela priorização da utilidade pública, sendo assim, não há que se falar em desequilíbrio da relação contratual.

Além disso, a indisponibilidade do interesse público, no que diz respeito as cláusulas exorbitantes, impede que essa renuncie a este privilégio, devendo serem aplicadas nos momentos oportunos ao direito da coletividade. Foi citado acima algumas hipóteses, entre elas a rescisão unilateral quando há descumprimento do acordado. Todavia, haja vista que a ela compete a realização e a defesa do interesse público, direta ou indiretamente, o que deve ser buscado em cada ato e em cada contrato firmado é a prevalência do princípio da supremacia do interesse público.

Ficou evidente que Administração Pública foi criada com o objetivo principal de gerir o que é público, visando, sempre, o interesse da coletividade. Por consequência, partilhou sua função a órgãos, pessoas jurídicas e agentes públicos, os quais são submetidos ao regime jurídico-administrativo, além disso, este é responsável por regularizar as atividades administrativas, atribuindo-lhes prerrogativas e impondo limitações.

Este regime se apoia e fundamenta em supraprincípios fundamentais para um bom desempenho das atividades da Administração Pública, as quais são essenciais para que ela alcance o bem comum. Um desses supraprincípios é o Princípio da Supremacia do Interesse Público, que foi tema deste trabalho.

Com base nas leituras realizadas sobre um dos pilares do direito administrativo, o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é objeto de críticas em diversos aspectos. Neste trabalho foi possível notar que incide uma equivalência do conceito anterior que impunha um supremo interesse público que baseado em sua supremacia e indisponibilidade atuava como modelo imperativo. Percebe-se que autores chegam a apontar aspectos insustentáveis do princípio da supremacia do interesse público no direito brasileiro, posto que para eles essa imperatividade impede a resolução de questões de conflito de forma proporcional e razoável.

Entender o interesse público como uma diversificação de interesses particulares, é o primeiro passo para interligar os princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público, posto que ambos devem ser tratados com ponderação em relação a cada caso, regulando, sob a ótica da consensualidade, a solução menos inconveniente e a otimização desses princípios, de acordo com a defesa dos direitos fundamentais, uma vez que os direitos fundamentais regulam o conceito de interesse público.

Logo após a análise estrutural do princípio da supremacia do interesse público no direito administrativo, inerente à Administração Pública, destaca-se as funções dessa, qual seja a de garantir o bem comum. Contudo, ela possui algumas prerrogativas na prática de seus atos, cujas são justificadas no objetivo de assegurar o interesse público, sendo que foi demonstrado que a própria Constituição Federal traz expressamente alguns desses privilégios.

Sob a ótica da consensualidade, entende-se que a Administração Pública está em busca de soluções através de acordos para a realização de seu objetivo final, o respeito e aplicação do interesse público, tendo por base a concepção da doutrina majoritária, que é a consideração de uma coletivização dos interesses nos limites dos direitos fundamentais, sendo uma forma de otimização dos interesses em conflito.

Desta forma, o princípio do interesse público, considerando sua força e importância na Administração Pública, como prerrogativa, a fim de concretizar os objetivos expressos na Constituição Federal de 1988, não deve ser desconstruído. A questão essencial está na exata noção do interesse público que terá supremacia frente ao interesse particular e da aplicação da técnica da ponderação de valores por meio da máxima da proporcionalidade no caso concreto.

A doutrina considera que o Estado deve realmente pôr como prioridade os interesses da coletividade, devendo dessa forma cessar com o individualismo passando a se importar com o bem-estar, o qual se objetiva que o indivíduo nada mais é um integrante da sociedade, posto isto, não há que se falar em equiparação dos seus direitos com os direitos sociais.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2011.

ANDRADE, Rita de Cássia. Princípios Constitucionais Que Regem A Administração Pública Brasileira E Sua Aplicação Prática No Mundo Jurídico E Político. **Academia Brasileira de Direito**, 2008. Disponível em: <http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=1483&categoria=Princ%C3%83%C2%ADpios%20de%20Direito%20Administrativo> Acesso em: 28 abr. 2015.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 mai. 2015.

BRASIL. Lei n. 8.112 de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **Lex: Regime Jurídico dos Servidores Públicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm>. Acesso em: 18 mai. 2015.

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Lex: Licitações e Contratos da Administração Pública**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 19 mai. 2015.

BRASIL. Lei n. 8.789, de 13 de fevereiro de 2015. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Lex: Regime de Concessão e Permissão da Prestação de Serviços Públicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L8987cons.htm> Acesso em: 23 mai. 2015.

BRASIL. Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1988. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. **Lex: Qualificação de Entidades como Organizações Sociais**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9637.htm> Acesso em: 24 mai. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito Administrativo**. 25. ed. rev., ampl. e atual. até a Lei nº 12.587/2012. São Paulo: Atlas, 2012.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de direito administrativo**. Bahia: Jus Podivrm, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. rev. ampl. e atual. Bahia: Juspodivm, 2012.

DURÃO, Pedro. **Licitación pública**. Madrid: Juruá, 2016.

_____. **Direito administrativo objetivo**. 4. ed. Salvador: Viajurídica, 2014

_____. **Convênios e consórcios públicos**. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2009.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Conceito de Contrato Administrativo. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 7, ago/set/out de 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/vladimir-da-rocha-franca/conceito-de-contrato-administrativo>> Acesso em: 27 abril 2015. Acesso em 30 abr. 2015.

GORDILLO, Augustin. **Del tratado de derecho administrativo y obras selectas**. 11. ed., ahora como 1. ed., Buenos Aires: F.D.A., 2013.

MAYER, Giovanna. Para uma nova interpretação do princípio da superioridade do interesse público sobre o privado. **Revista Doutrina TRF4ª Região**. Porto Alegre, n. 21 dezembro 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Gionavanna_Mayer.htm> Acesso em 19 mai. 2015.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. rev. ampl. e atual. até a Emenda Constitucional 57 de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MONTEIRO, Leandro. Vertente material do princípio da publicidade administrativa. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11666>. Acesso em 02 mai. 2015.

MORGADO, Daniela Marques. O Princípio da Impessoalidade e o enunciado do artigo 37, § 1º cf/88 em relação ao uso de nomes de autoridades ou servidores públicos em logradouros. Goiânia: **UCG**, 2009. Disponível em: <http://www.ucg.br/ucg/prope/poslato/home/secao.asp?id_secao=3143> Acesso em: 04 abr. 2015.

NETO BALTAR, Fernando Ferreira; TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Direito administrativo**. 4. ed. rev. Atual. de acordo com as recentes questões, decisões jurisprudências, além de alterações normativas, dentre elas: Leis federais nº 12.881/2013 e nº 12.846/2013, Decreto federal 7.892/2013 e Decreto federal 8.080/2013. Bahia: Jus Podivm, 2014.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di; **Direito administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas. 2014.

PINTO GAVIÃO, Alexandre Guimarães. Os Princípios Mais Relevantes do Direito Administrativo. **Revista da EMERJ**, v.11, nº 42, 2008. Disponível em <www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/.../Revista42_130.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2015.

SÁ, Rodrigo Moraes. O Princípio Constitucional Da Impessoalidade. **Revista Científica Semana Acadêmica**. Disponível em: <http://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigo_cientifico_-_o_principio_constitucional_da_impessoalidade_oficial_enviar_2014.pdf> Acesso em: 26 abr. 2015.

SILVA, Guilherme de Abreu e. A reconfiguração do conceito de interesse público à luz dos direitos fundamentais como alicerce para a consensualidade na administração pública. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11624>. Acesso em 30 abr. 2015.

VETTORATO, Gustavo. O conceito jurídico do princípio da eficiência da Administração Pública. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 176, 29 dez 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4369>>. Acesso em 16 abr. 2015.