

FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO ADMINISTRATIVO COMO VETOR DE SUSTENTABILIDADE ECONÔMICA

SOCIAL FUNCTION OF THE ADMINISTRATIVE CONTRACT AS A VECTOR FOR ECONOMIC SUSTAINABILITY

Cibeli Simões Santos*

Lourival José de Oliveira**

*Doutoranda em Direito pela Universidade de Marília-SP. Mestre em Linguística pela Universidade Estadual de Mato Grosso. Advogada. Diretora do núcleo regional do IBDFAM-MT. E-mail: cibelisimoos@hotmail.com ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-3272-4540>

**Doutor em Direito das Relações Sociais (PUC-SP). Professor Titular dos Programas de Doutorado/Mestrado da Universidade de Marília. Professor Associado da Universidade Estadual de Londrina. Advogado.

Como citar: SANTOS, Cibeli Simões; OLIVEIRA, Lourival José de. Função social do contrato administrativo como vetor de sustentabilidade econômica. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 19, n. 2, p. 34-49, jul. 2024. DOI: 10.5433/1980-511X.2024.v19.n2.p34-49. ISSN: 1980-551X.

Resumo: O artigo propõe uma reflexão sobre o contrato a partir da releitura decorrente do fenômeno da Constitucionalização do Direito Civil e como essa nova perspectiva reflete nos contratos administrativos sob o viés da intersecção do público e privado. A análise se pauta sobre o princípio da função social previsto no artigo 421 do Código Civil e como esse princípio produz efeitos no contrato administrativo de forma a concebê-lo como vetor de realização e concretização da sustentabilidade, esta que foi elevada à envergadura de princípio constitucional. Assim, a par da concepção de que a função social do contrato ultrapassa a relação dos envolvidos diretamente no enlace obrigacional, inclusive, na esfera administrativa, refletir-se-á o contrato a partir de sua contribuição para o bem social e para a vida em sociedade como finalidade da atuação estatal. Para tal proposição, foi adotado o método dedutivo, na vertente jurídico sociológica, sendo a pesquisa enquadrada no tipo descritiva e propositiva.

Palavras-chaves: contrato; constitucionalização; função social; sustentabilidade.

Abstract: This paper proposes a reflection on the purpose of contracts based on the rereading resulting from the phenomenon of the Constitutionalization of Civil Law and how this new perspective reflects in administrative contracts under the bias of the intersection of the public and private spheres. The analysis is based on the principle of social function provided for in article 421 of the Brazilian Civil Code and how this principle produces effects in administrative contracts in order to conceive it as a vector for the realization and concretization of sustainability, which has now been understood as a constitutional principle. Thus, alongside the conception that the social function of the contract goes beyond the relationship of those directly involved in the mandatory link, including in the administrative sphere, the contract is reflected from its contribution to social good and to life in society as the purpose of state action. For this proposition, the deductive method was adopted, in the sociological legal aspect, the research being framed in the descriptive and propositive type.

Keywords: contract; constitutionalization; social role; sustainability.

INTRODUÇÃO

O presente artigo trará como proposição uma reflexão sobre a função social do contrato aplicada de forma mais específica ao contrato administrativo de modo a compreender seu funcionamento como vetor de sustentabilidade.

Para tal abordagem necessário será, então, fazer uma imersão no conceito e compreensão do contrato previsto no ordenamento privado a partir da releitura promovida pelo fenômeno da constitucionalização do direito civil e, conseqüentemente, observar como e se essa releitura também possibilitará deslocamentos e promoverá efeitos no contrato administrativo.

Essa percepção permitirá uma reflexão da função social no contrato administrativo de forma a tomarmos como ponto de análise a sustentabilidade como decorrência desse princípio e, ao mesmo tempo, suporte para a promoção do desenvolvimento econômico da sociedade.

Para tanto necessário será considerar a sustentabilidade como princípio constitucional capaz de produzir efeitos, inclusive, na órbita do contrato administrativo devendo funcionar como elemento de otimização da função social produzindo efeitos práticos na salvaguarda do alcance da efetividade em prol do administrado e, também, de toda a coletividade.

Assim, em consonância com a proposta de reflexão que se pretende desenvolver no presente trabalho, debruçar-se-á sobre o contrato como objeto de pesquisa de modo a refletir sobre suas novas nuances que se materializam a partir da releitura constitucional e como este irá, a partir dessa percepção, produzir efeitos e reflexos no direito administrativo em virtude da dicotomia que se entrelaça entre o público e o privado conforme já demonstrado alhures.

Portanto, através do método dedutivo de cunho jurídico sociológico descritivo e propositivo, tomar-se-á como eixo central da reflexão, o desenvolvimento social e como este está relacionado à aplicação da função social dos contratos administrativos considerando a sustentabilidade como espinhar dorsal que realmente possibilita que um contrato administrativo se torne efetivo através do alcance social.

1 O CONTRATO SOB O ESPEQUE DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E SUA FUNÇÃO SOCIAL

Não se pode olvidar que o contrato tal qual apresentado no código civil, em que pese trazer arraigadas características do vetusto Código Civil de 1916, sofreu uma releitura a partir da aplicação dos princípios gerais do direito, inclusive, de ordem constitucional.

A denominada constitucionalização do direito civil como defendida por Lobo (2013, p. 31) é compreendida como o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil de forma a condicionar a observância pelos cidadãos, tribunais em sua aplicação bem como pela legislação infraconstitucional pertinente.

Importante consignar que o direito civil ao longo de sua história sempre forneceu categorias, conceitos e classificações que serviam de base para consolidação de vários ramos de direito público, inclusive, o direito constitucional. Então, pensar na constitucionalização do direito é promover na sua essência, a interpretação dos institutos de direito privado, código civil e demais leis civis a par das categorias fundamentais da constituição.

A par dessa abordagem percebe-se que valores fundamentais foram absorvidos do ordenamento jurídico civil pela constituição federal, na medida que também diferentes conceitos do direito constitucional, a exemplo da propriedade, família e contrato se tornam aplicáveis e explicáveis se levarmos em consideração a prévia definição jusprivatista de seu conteúdo (Lobo, 2013, p. 32).

A constitucionalização do direito civil traz como essência a vinculação e aplicabilidade direta dos princípios e normas constitucionais nas relações privadas.

Nesse sentido Eros Graus (2007 *apud* Lobo, 2013), em voto proferido no RE 407.688-8, afirma que

[...] os constitucionalistas que negam a vinculação dão prova cabal de que, aqui, entre nós, a doutrina do direito público anda na contramão da evolução da nossa doutrina do direito privado, no seio da qual germina uma muito rica ‘constitucionalização do direito civil’. Parece estranho, mas, no Brasil, a doutrina moderna de direito público é a produzida pelos civilistas (Grau, 2007, p. 171 *apud* Lobo, 2013, p. 89).

Sabe-se que são os ramos do direito civil e do direito constitucional que mais dizem respeito ao cotidiano das pessoas como um todo, assim, tais normas incidem permanentemente de forma diária, pois, todos nós somos sujeitos de direitos ou de deveres na órbita civil, seja como pessoas adquirentes de coisas e serviços ou como integrantes das relações negociais e familiares e, ao mesmo tempo, exercem a cidadania garantidos pelos direitos fundamentais.

Eis a proximidade dos ramos que possibilitam um certo imbricamento de forma a promover a releitura constitucional do ordenamento privado a partir da horizontalização dos princípios e garantias constitucionais sobre o ordenamento privado.

Nesse tocante, assevera de forma salutar Caio Mário da Silva Pereira (2004, p. 17) ao nos trazer que a posição ocupada pelos princípios gerais do direito tem sido preenchida pelas normas constitucionais, em especial, pelos direitos fundamentais que notadamente a doutrina denomina de direito civil constitucional.

Importante mencionar que sob a perspectiva analítica de Timm a constitucionalização do direito privado parte primeiramente da descodificação de forma que seria uma tendência geral da evolução do Direito que “[...] tem origem no pós Segunda Guerra Mundial e consiste num movimento de fuga dos códigos, criando-se uma verdadeira alergia ao sistema codificado” (Timm, 2008, p. 26).

De toda forma, para além, das nomenclaturas e conceitos epistemológicos, esse fenômeno doutrinário conhecido como Direito Civil Constitucional ou Direito Civil Constitucionalizado tomou corpo, principalmente, a partir da última década do século XX com a preocupação de juristas que

viam a necessidade de uma revitalização do direito civil e, conseqüentemente, sua adequação aos valores que tinham sido consagrados na Constituição Federal de 1988.

Essa reflexão tornava-se necessária tendo em vista que a sociedade que servira de base ideológica e de paradigma para a codificação brasileira do direito privado sob os fundamentos ideológicos do Estado Liberal e do individualismo jurídico já estava superada.

Ou seja, pode-se dizer que essa releitura constitucional do ordenamento privado se dava pela compreensão da repersonalização consistente na emancipação humana repondo ou deslocando a pessoa humana como centro do direito civil, de forma, que é a pessoa a ser considerada e, a partir dela, seu patrimônio.

Nota-se com essa forma de conceber o ordenamento privado que a proposição é obter a máxima realização dos valores constitucionais no campo das relações privadas, assim, direito civil constitucional é, em última análise, uma releitura do ordenamento jurídico infraconstitucional em que nessa releitura a Constituição Federal deixa de ser um mero fundamento de validade das normas infraconstitucionais para ser um vetor hermenêutico axiológico de todo o sistema.

Nesse movimento os principais institutos do direito civil, aqueles conhecidos como as suas vigas fundamentais, passaram a sentir e receber os efeitos da reverberação da incidência do direito constitucional e, conseqüentemente, dos princípios e valores constitucionais.

Nesse tocante podemos citar institutos como a propriedade, a família e o contrato, sendo esses os mais afetados diante dessa nova roupagem interpretativa normativa do ordenamento privado, ou como assevera Timm (2008, p. 60) “[...] passam a ser orientados por critérios distributivistas próprios do Direito Público”.

Em qualquer estudo sobre o direito o recuo histórico se faz necessário e em toda reflexão há duas disciplinas que sempre se farão presentes a partir dessa perspectiva, a teoria do delito e a teoria das obrigações, mais especificamente, o direito contrato que se molda a partir da existência do contrato, portanto, seja na antiguidade oriental representada pela Índia, Código de Manu ou na Antiguidade clássica da Grécia Antiga ou Roma, com seus códigos até os dias atuais já na ordenação jurídica moderna, incluindo a brasileira.

Nesse tocante Tartuço ensina que

Com as recentes inovações legislativas e com a sensível evolução da sociedade brasileira, não há como desvincular o contrato da atual realidade nacional, surgindo a necessidade de dirigir os pactos para a consecução de finalidades que atendam aos interesses da coletividade. Essa a primeira face da real função dos contratos. O contrato é um ato jurídico bilateral, dependente de pelo menos duas declarações de vontade, cujo objetivo é a criação, a alteração ou até mesmo a extinção de direitos e deveres de conteúdo patrimonial. Os contratos são, em suma, todos os tipos de convenções ou estipulações que possam ser criadas pelo acordo de vontades e por outros fatores acessórios (Tartuço, 2020, p. 81).

Assim, compreende-se o contrato como sendo negócio jurídico bilateral ou até mesmo plurilateral que cria, modifica ou extingue direitos e deveres tendo como sustentação o conteúdo patrimonial, ou, ainda na percepção de Álvaro Villaça Azevedo (2002, p. 56) o contrato é manifestação de duas ou mais vontades que tem por objetivo criar, regulamentar, alterar e extinguir uma relação jurídica de direitos e obrigações de cunho patrimonial.

A par dos conceitos clássicos civilistas, interessante trazer uma compreensão mais moderna sobre o conceito de contrato, nesse tocante cita-se Nalin (2005, p. 41) quando compreende o contrato como sendo o instrumento que promove uma relação jurídica subjetiva, tendo como viga de sustentação a solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, tanto para os titulares subjetivos da relação como também perante terceiros.

Assim, na concepção do autor, o instrumento prático de consolidação da solidariedade é a funcionalização da propriedade e do contrato.

[...] A questão leva em conta qual o valor ou valores que realmente se propõe a realizar o contrato contemporâneo à luz dos comandos constitucionais a ele relacionados. [...] No Brasil, mesmo havendo uma previsão constitucional expressa, há uma resistência no sentido de não se atribuir dignidade ao sujeito contratante, sem antes se pensar na causa ou função econômica do contrato (Nalin, 2005, p. 42).

Nesse tocante percebemos a partir da reflexão do autor e com supedâneo de uma leitura constitucional do direito civil que um dos esques mais importantes do contrato é a solidariedade constitucional de forma que sem sua presença o contrato fica prejudicado, inclusive, no que tange aos seus efeitos, quando não está consagrado sobre um mote social.

Não à toa o Código Civil em seu artigo 421¹ traz de forma clara e direta a necessidade de que o contrato tenha por motivação o alcance ou a aplicação da função social, ou seja, sem que a função social seja alcançada, ao contrato faltaria essa viga de sustentação e finalidade que robustece e vincula a liberdade de contratar.

Fica bastante perceptível que a constitucionalização do direito civil produz efeitos em prol da coletividade como assevera Ferreira e Mazeto (2005, p. 89) ao concluir que “[...] A constitucionalização do Direito Civil define e limita a autonomia privada, a liberdade de contratar, consolidando a função social dos contratos, em favor da coletividade. O ganho social é fator democratizante que humaniza os pactos.”

Então, pensar a função social do contrato é conceber que a relação que se estabelece entre contratantes, sejam eles quem forem, deverá, ao final de tudo, promover efeitos sociais para a coletividade e, nessa dinâmica não se torna difícil o exercício de refletir o contrato que, se ao se constituir sob e partir do *locus* administrativo, ter motivação e sustentação na e pela função social.

1 A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

2 O CONTRATO ADMINISTRATIVO SOB UM ENFOQUE CONSTITUCIONAL

Marcada pela queda do muro de Berlim, pelos movimentos de “Diretas Já” no Brasil, pelo lançamento oficial da Música “que país é esse” da Banda de Rock Legião Urbana, a década de 80 (oitenta) se mostrou promissora nos aspectos políticos, econômicos e culturais, bem como um excelente momento histórico para se conceber uma nova Constituinte, forjada sob o manto da redemocratização e pelo anseio de participação popular na política brasileira que, assim ocorreu, sendo apresentada a Carta Cidadã em 05 de outubro de 1988 para a sociedade Brasileira.

Forjada sob o espírito do neoconstitucionalismo, pensamento este difundido na Europa e voltado a reconhecer a supremacia material e axiológica da Constituição, a Carta Magna de 1988 se consolidou como uma verdadeira carta do Estado Democrático de Direito, inculcando no seu bojo a rematerialização do texto Constitucional, a centralização da Constituição no ordenamento jurídico, a imposição de força normativa aos princípios, garantias e direitos fundamentais e a compreensão do texto máximo como fonte de validade de todo o ordenamento jurídico, introduzindo na nova ordem jurídica a constitucionalização dos demais ramos do Direito, a exemplo do direito civil como diagnosticado anteriormente, e também, sobre o Administrativo de uma forma bastante sensível.

Logo, não é só o corpo legislativo que deve guardar conformidade com a Constituição, por ser esta a sua fonte de validade, mas, também, todos os ramos do direito, que devem se revestir do manto da constitucionalidade, devendo ser interpretados sob o filtro axiológico dos princípios, direitos e garantias constitucionais.

Quanto à concepção da Constitucionalização do Direito, ensina Guastini (2006 *apud* Cunha Júnior, 2016, p. 51), que esse evento é um verdadeiro processo de transformação do ordenamento jurídico, com o objetivo de condicionar a ordem jurídica às normas constitucionais, afetando a legislação, a jurisprudência, a doutrina, as ações dos atores políticos e as relações sociais.

Assim, se toda ordem jurídica está impregnada pelos preceitos constitucionais, os ramos do direito, entre eles o Direito Administrativo, as suas especificidades e instrumentos afins também devem ser compreendidos e visualizados pelas lentes da Constitucionalidade e, em consequência, toda a sistematização principiológica que incide de forma horizontalizada sobre o arcabouço jurídico.

Ao tratar sobre o ramo Direito Administrativo, inicialmente deve-se visualizá-lo sustentado por duas grandes pilastras, quais sejam, a supremacia e a indisponibilidade do interesse público. Isso se deve ao fato de que ao levar a cabo o critério da Administração Pública, compreende-se o Direito Administrativo como sendo o conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado (Di Pietro, 2020, p. 54).

Nesse sentido ainda,

A existência da Administração Pública só tem sentido em função de uma justa e equitativa distribuição, entre os cidadãos, dos direitos e os encargos sociais. As

sobranceiras e números as tarefas administrativas conferidas aos mandatários públicos e ao corpo administrativo não resultariam exitosas sem a imposição de princípios de atuação capazes de oferecer garantias exigíveis de um Estado justo e igualitário (Bacellar Filho, 2011, p. 215).

Assim, considerando o conceito apresentado e o critério adotado, pode-se constatar que o Direito Administrativo reconhece a prevalência do interesse público sobre o privado, bem como o reconhece como indisponível por ser inapropriável, o que nas palavras de Ferraz exsurge sob a reflexão de “o conceito de interesse público configura um dos pontos centrais do Direito Público, a exigir elaboração cuidadosa, detida e exclusiva” (Ferraz, 2003, p. 203).

Importante ressaltar que as respectivas vigas que sustentam todo o Direito Administrativo se estendem a todos os fatos e atos da administração pública, entre eles os contratos administrativos, vez que representam os ajustes celebrados pela Administração com pessoas jurídicas ou físicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, sob a ótica do regime de direito público, logo, trata-se de instrumento jurídico com nítida supremacia do interesse público sobre privado.

Inclusive, a própria análise das características dos contratos administrativos confirma o mandamento, pois, são contratos que têm natureza de contrato de adesão, ou seja, as suas cláusulas são fixadas unilateralmente pela Administração, com a disposição prévia das condições em que se pretende contratar.

São contratos que permitem cláusulas exorbitantes, quais sejam, aquelas que não seriam comuns ou até mesmo lícitas em contratos celebrados entre particulares, como a possibilidade de alteração unilateral das cláusulas pela Administração, a possibilidade de rescisão unilateral pela Administração, a possibilidade de aplicação de sanções de natureza administrativa, tudo isso estabelecendo como escopo de finalidade, o interesse público.

Certamente esses aspectos contratuais são reflexos da forma concebida do Direito Administrativo que histórica e originalmente é prepotente pois nasce do reforço do autoritarismo estatal e assim perdura por muito tempo, na verdade pode-se falar de um direito administrativo dialógico, coparticipativo e visgos de consensualidade nas últimas três décadas, mas, ainda, considerado um processo em elaboração. E é com a Constituição Federal de 1988 que esses aspectos permeiam trazendo nuances mais interessantes na relação entre administração e administrado que, inclusive, vai reverberar sobre o contrato administrativo.

Mas, sob a perspectiva clássica da doutrina administrativa, nos contratos administrativos, sempre haverá a supremacia do interesse público sobre o privado, havendo nessa relação uma verticalidade entre a Administração Pública e a pessoa física ou jurídica contratante, sendo estas submetidas a uma imposição de cláusulas predeterminadas e decorrentes de um processo licitatório ou não, com um severo segmento à legislação imposta.

Entretanto, ao analisar o contrato administrativo sob esse rigoroso sistema sustentado pela supremacia do interesse público sobre o privado, levando em consideração o atual cenário de polí-

tica neoliberal, pode haver deturpação na finalidade deste contrato e aquele que era para atender o princípio do interesse público, pois, por vezes, passa a atender determinados segmentos sociais, que acabam por se beneficiar da formatação legal do respectivo instrumento jurídico tendo em vista que amiúde o princípio da supremacia do interesse público deixa de ser um instrumento que visa dar resposta às necessidades coletivas para ser utilizado pelo Estado a fim de que os administradores públicos se perpetuem no poder.

Diante desse real risco, cabe advertir que o contrato administrativo não pode ser compreendido como produto de uma Administração impositiva, ao contrário, ao direito administrativo também deve ser aplicado os princípios que regem a Constituição, devendo ser analisado, processado e executado sob o manto da Constitucionalidade, transformando os respectivos em verdadeiros instrumentos de efetivação dos objetivos constitucionais que, em consequência, representará a exata consolidação do interesse público.

Os objetivos constitucionais encontram-se expressamente previstos no art. 3º da Constituição Federal de 1988, quais sejam, “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, “garantir o desenvolvimento nacional”, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (Brasil, 1988).

Não se pode olvidar que estes são elementos norteadores do Estado Dirigente assumidos pela Carta Magna e que decorrem da sua característica nominalista, pois traz em seu bojo metas e objetivos prospectivos, com a real finalidade de em um dado momento cumpri-los.

Ademais, os respectivos objetivos devem ser interpretados sobre o viés do princípio do fundamento da dignidade da pessoa humana, meta norma que corresponde ao núcleo intangível de todos os direitos e garantias fundamentais, além de servir como objeto de ponderação da atuação positiva do Estado em face dos administrados, inclusive, na atuação axiológica e dirigente sobre a ordem econômica e financeira quando o próprio texto legal estabelece que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a existência digna de todos conforme previsão do artigo 170 da Constituição Federal (Brasil, 1988).²

Desse modo, incumbe ao Estado cumprir com os objetivos fundamentais, bem como garantir a aplicação da dignidade da pessoa humana em todos os setores e em todo engajamento social, cultural e econômico, para, só assim, ser atingindo, definitivamente, o interesse público que é beneficiar toda a sociedade com os atos a serem desenvolvidos, praticados e executados.

Aliás, essa concepção deve ser levantada como uma verdadeira máxima, ao passo que, com o neoconstitucionalismo, o homem³ se tornou a finalidade do ordenamento, no momento em que

2 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios.

3 Compreender o termo homem na sua concepção mais abrangente compreendido como referência aos direitos e garantias fundamentais, aos aspectos culturais, políticos, sociais e religiosos, bem como ao processo de despatrimonialização do direito com seu deslocamento para o centro das relações privadas e públicas.

passou a ser visto sob as lentes desse macro princípio da dignidade da pessoa humana que robustece a constitucionalidade e o movimento da constitucionalização, haja vista, não bastar somente, a aplicação do direito sob o espectro da constitucionalidade, mas, também, que essa aplicação possa ser efetuada de forma a observar a dignidade da pessoa como valor supremo de toda a sociedade (Cunha Júnior, 2016, p. 39).

Logo, se o Estado, no seu texto máximo, assumiu um compromisso dirigente e do bem-estar social, assim deverá cumprir, devendo respaldar todos os seus atos e fatos de modo que contemple todos os princípios, objetivos, direitos e garantias constitucionais, pois, só assim, efetivará o interesse público. E essa intervenção é necessária, considerando o atual cenário político neoliberal.

Com origem na Europa Ocidental e na América do Norte, a ideologia neoliberal desenvolveu-se no pós-segunda Guerra Mundial, baseada na revalorização do liberalismo econômico dos séculos XVIII e XIX, surgindo como uma solução ao intervencionismo estatal nos mecanismos de mercado, pregando-se uma política de liberdade individual, tanto econômica como política, sustentando que as instituições políticas características do Estado de Bem-Estar, corroeriam, progressivamente a liberdade política (Matos, 2008, p. 201).

Assim, sob a concepção do neoliberalismo, a política a ser praticada é a do *laissez-faire*, sendo compreendido o Estado como mínimo, devendo esse atuar de forma limitada, em um regime democrático formal, ficando restrito a criar e manter as condições necessárias à manutenção de um mercado concorrencial eficiente, atuando como um árbitro e garantindo o cumprimento das leis (Matos, 2008, p. 204).

O atual cenário político nacional revela a opção pela política neoliberal, diante dos atos políticos praticados, como as reformas trabalhistas e previdenciárias, com alterações significativas nas legislações que envolvem direitos sociais, haja vista se tratar de espécie de direito que exige uma atuação positiva do Estado, bem como a atual proposta de reforma administrativa e política de austeridade, com a promulgação da EC 95, que dispõe sobre o congelamento dos gastos públicos.

E é sob esse atual cenário que a análise dos contratos administrativos se torna mais complexa, vez que, ao invés de atender o interesse público, poderá ser utilizado como instrumento para atender os fins de grupos distintos, sob a perspectiva utópica de alavancar a economia.

Nesse ponto, importante observação a se fazer é que a crise econômico-financeira que, a partir de 2007, atingiu todas as partes e para além das fronteiras globais, provocou, como uma de suas consequências, a redução do alcance da administração infra estrutural (Gonçalves, 2017 *apud* Bitencourt Neto, 2017, p. 211), com a consequente retração dos investimentos públicos. Assim, para dentro de nossas fronteiras, o que se assiste nos últimos tempos é a estratégia de se valer do investimento privado a partir de uma seara de modelos de parcerias, cujo objetivo é reduzir o déficit de infraestrutura que direcionado a economia brasileira.

Como ressaltado, o contrato administrativo é conceituado como sendo o ajuste que a Administração, em uma relação vertical, celebra com pessoas físicas ou jurídicas para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público.

Assim, se o objetivo do contrato administrativo é atingir o interesse público, para a sua completa conclusão, necessário se faz regular, aplicar e executar esse contrato sob o manto da Constituição e conseqüentemente sob os princípios por ela apresentados como o da sustentabilidade que se apresenta, em última análise, como a aplicação do equilíbrio nas várias ambiências que permeia, inclusive, sob o viés administrativo, pois, verdadeiro mote constitucional é a finalidade de concretizar os objetivos fundamentais da constituição.

Logo, ao ajustar os termos do contrato, deverá a Administração objetivar na sua construção os valores do Estado Democrático de Direito, atuando de forma positiva e fiscalizando o cumprimento do contrato, compreendendo que embora a imposição das cláusulas seja unilateral, o objetivo é comum para todos, que é atingir o interesse público, vez que a Máquina Pública deve ser movida a fim de beneficiar toda a coletividade e não, apenas, alguns segmentos sociais.

A atual ordem constitucional é imposta por uma Carta Cidadã do bem-estar social e assim deve ser interpretada. Logo, se o seu espírito advém do movimento neoconstitucionalista, como filtro axiológico da atuação estatal que deverá ser interpretada, razão pela qual, todo contrato administrativo, ao ser pactuado, aplicado e executado, deverá ser consubstanciado em respeito e observâncias às normas, princípios, objetivos e direitos expressamente previstos na Constituição, o equilíbrio entre o fim administrativo e o desenvolvimento da sociedade, pois é a expressão superior do poder constituinte originário que é fruto do próprio povo.

Embora a política atual se revele como neoliberal, a Administração Pública na execução dos seus atos não poderá deixar de aplicar as normas Constitucionais, devendo aplicar no bojo dos contratos o espírito da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, vez ser essa a norma máxima em vigência no país, de observância e cumprimento obrigatório.

Assim, não se pode recair no erro da aplicação metódica dos contratos administrativos sob o viés procedimental da supremacia do interesse público, como elemento de verticalização das obrigações, pois a aplicação do contrato administrativo tem que transcender a essa compreensão, devendo ser interpretado sob o filtro axiológico da Constituição, em respeito à dignidade da pessoa humana e com a meta final de alcançar os objetivos fundamentais do Estado, pois, só assim que o interesse público, de fato, será atingido, portanto, trazer à lume a função social do contrato como base para a concreção da sustentabilidade que, conseqüentemente se torna vetor para o desenvolvimento econômico de uma sociedade, é em sua essência, alcançar a verdadeira finalidade do contrato.

3 O CONTRATO ADMINISTRATIVO SOB O VIÉS DA SUSTENTABILIDADE ECONÔMICA

Importante, refletir que a função social do contrato, considerando a vocação adotada pela ordem econômica tem por mote definir limites e fins. Assim, a ordem econômica e, notadamente, os fins sociais do contrato são vistos como instrumentos de natureza hermenêutica voltados para a contemplação social e, para Theodoro Júnior (2004, p. 31), “[...] a função social do contrato consiste em abordar a liberdade contratual em seus reflexos sobre a sociedade e não apenas no campo das relações entre as partes que o estipulam”.

Nesse sentido, e trazendo para o contrato administrativo, percebe-se que ele não fica imune às considerações gerais que recaem sobre tal instrumento, pois, o conceito jurídico em sua essência não muda, seja na esfera privada ou pública e, notadamente, diante da releitura constitucional também reflexa sobre a esfera administrativa que sofreu, nas palavras de Freitas (1995, p. 34) “[...] profundas imposições de realidades cambiantes[...]”, até mesmo porque segundo Moreira (2016, p. 30) a despeito de suas características, o Direito Administrativo não é uma disciplina estática, firme e imutável e, portanto, não é algo que se torna incontroverso no tempo e no espaço.

Nesse contexto, obviamente tem-se sob a ótica do público uma relação contratual ainda mais complexa, pois, em última análise há um imbricamento entre a vontade, supremacia do interesse público e o interesse privado, mas, essa supremacia deve estar pautada em outros aspectos ou externalidades a serem consideradas.

Um desses aspectos que devem ser observados é, sem sombra de dúvidas, a sustentabilidade, inclusive, sob o viés econômico a partir do espeque contratual que dá guarida na condição de instrumento que pode promover ou contribuir para resultados efetivos de desenvolvimento social voltados para a sociedade.

Na verdade, ao contrário do que o senso comum nos condiciona, a sustentabilidade pode e deve ter relação com a racionalidade econômica. E, nesse sentido, nos ensina Freitas (2003, p. 21) que “[...] numa perspectiva econômica a sustentabilidade é a busca pelo equilíbrio entre a utilização de recursos naturais e produção de riqueza”, ou seja, é perfeitamente crível uma relação intrínseca entre a economia e a sustentabilidade de forma que os contratos administrativos podem, inclusive, serem os instrumentos de potencialização dessa relação cujos efeitos voltam-se para a coletividade.

Nessa perspectiva Freitas compreende que:

[...], os contratos administrativos sustentáveis são concebidos como ajustes que a Administração Pública celebra com terceiros, cujos benefícios globais excedem os custos diretos e indiretos, induzindo racionais padrões de produção e consumo compatíveis com o desenvolvimento duradouro (Freitas, 2003, p. 32).

Portanto, muito possível compreender que o discurso econômico sobre sustentabilidade pode e deve estar inserido no discurso social constitucional, inclusive, sob o espeque da administração

pública através dos contratos administrativos, pois estes devem ser compreendidos como instrumentos potencializadores da intersecção de ambos os discursos, seja porque em sua conceituação clássica o contrato traz em sua essência características de maximizador de riqueza, seja porque se apresenta também sob o cunho social de promover o desenvolvimento da sociedade.

Importante a percepção de que a sustentabilidade não deve ser buscada tão somente pelos empresários, pois dado o aspecto da continuidade e permanência, cujos resultados promovem o equilíbrio entre a utilização comedida e escorreita de recursos e a produção de riquezas, deve também ser o palanque da Administração Pública.

Importante assentir que se pode dizer que uma contratação é sustentável quando esta é capaz de dirigir o contratado com base no balanceamento de custos e benefícios, contemplando a manutenção naquilo que Freitas denomina de “[...] ampliação gradativa de capacidade, quando cabível, em horizonte temporal prolongado” (Freitas, 2003, p. 32).

Nesse sentido o autor é certo quando assevera que:

[...] os contratos administrativos sustentáveis são concebidos como ajustes que a Administração Pública celebra com terceiros, cujos benefícios globais excedem os custos diretos e indiretos, induzindo racionais padrões de produção e consumo compatíveis com o desenvolvimento duradouro. Quando alguns resistem a tais noções, nada mais fazem do que expressar a crença distorcida de que a preservação de bens e serviços ecossistêmicos acarretaria efeitos destemperados. Reação típica de quem precisa rever os conceitos, porquanto, uma vez assimilada corretamente, a sustentabilidade revela-se, ao contrário, franca aliada de resultados sistemicamente positivos, inclusive econômicos (Freitas, 2003, p. 32).

Ao afirmar que a sustentabilidade se trata de princípio de direito fundamental e, portanto, incidente em todas as relações que resultam impactos para a sociedade, a exemplo do contrato que se apresenta como importante instrumento que traz arraigado em sua própria constituição esse aspecto que acaba por seus efeitos jurídicos e práticos refletidos sobre a sociedade, não se pode dissociar que esses efeitos também resultam ainda mais quando a contratação traz como agentes a Administração Pública, de um lado, o particular do outro, mas, cuja finalidade é alcançar, a sociedade, pois esta é o beneficiário titular de toda essa relação contratual estabelecida.

Ora, no trilhar dessa reflexão, reafirma-se que a sustentabilidade, no direito e arcabouço jurídico brasileiro, é princípio de envergadura constitucional conforme depreendemos da leitura dos dispositivos constitucionais arts. 3º, 225, 170, VI da Constituição Federal, incidente, inclusive, no âmbito do sistema administrativo, de forma a alterar seus pressupostos e a se converter na mais provável e expressiva fonte de inovação.

Portanto, o conceito de sustentabilidade é o de princípio constitucional que determina, seja com eficácia direta e imediata, tanto a responsabilidade do Estado quanto da sociedade na concretização solidária do desenvolvimento material, imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime,

ambientalmente limpo e preservado, além de inovador e ético que tenha em seu intuito o de assegurar, no presente e no futuro, o direito fundamental ao bem-estar (Freitas, 2003, p. 37).

Dessa forma se a sociedade não for beneficiada com a contratação administrativa de forma a promover desenvolvimento econômico e sustentável, poder-se-ia dizer que esse contrato não alcança sua função social, portanto, ineficiente, pois, nas palavras de Azevedo, o contrato não pode ser percebido como “[...]um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais”, ou seja, o aturo reconhece que “[...]o contrato, qualquer contrato, tem importância para toda a sociedade” (Freitas, 1998, p. 116).

Assim, a partir dessas reflexões assevera-se que o princípio da sustentabilidade deve ser alçado como pressuposto do contrato administrativo, pois, sustentabilidade está diretamente relacionada à função social do contrato que, em última análise, condiciona a execução e finalidade do contrato, seja este aplicado em qualquer ambiência, privada ou pública, trazendo como consequência o alcance do bem comum como o desenvolvimento econômico, ou, ainda na perspectiva de que o desenvolvimento econômico passa a fazer sentido quando a sustentabilidade é efetivamente compreendida como instrumento para o alcance do bem-estar social (Grau, 2008, p. 194).

O contrato pode ser concebido como ato de efeitos jurídicos em que as pessoas estão no mesmo patamar de forças, com objetivos diversos e cuja finalidade é de ajustar um vínculo pelo qual pode determinar harmonização e a concretização teleológica do ajuste que, em última análise, pode significar colocar a Administração pública na mesma posição que o administrado se encontra ou, ainda, como meramente serviente deixando o papel de protagonista ao administrado, pois é indivíduo que reflete a realidade concreta.

Então, refletindo a partir dessa ambiência é perfeitamente possível pensar no contrato administrativo sob todo o viés outrora apresentado considerando a base principiológica e axiológica do direito civil que recai sobre a teoria geral dos contratos, sendo perfeitamente aplicável ao contrato administrativo aqui discutido.

A função social do contrato como reflexo dessa teoria geral dos contratos nos permite compreender que a figura desse importante instrumento jurídico transpassa a representação daqueles que estão envolvidos diretamente no enlace obrigacional de forma que o contrato deve trazer em sua essência contribuir ou colaborar para o bem social, para a vida em sociedade, pois, os contratos não podem ser visualizados tão somente pela ótica jurídica, portanto, acertada a compreensão de Roppo (1999, p. 93) ao afirmar que os contratos “[...] reflectem sempre uma realidade exterior a si próprios, uma realidade de interesses, de relações, de situações econômico-sociais, relativamente aos quais cumprem, de diversas maneiras, uma função instrumental”.

Desta feita, o artigo 421 do Código Civil se apresenta para o esqueleto dorsal do contrato como uma viga capaz de sustentar e dar diretrizes sobre a forma e a motivação de contratar, portanto, vinculando a vontade contratual, eficácia e efetividade à promoção do bem estar social como vertente do desenvolvimento econômico, indo na direção do que Juarez Freitas atesta como pon-

to ótimo do “Estado Essencial”, “[...] longe do Estado mínimo assim como do Estado máximo, o Estado essencial busca ter o tamanho viabilizador do cumprimento de suas funções, nem mínimas, nem máximas, simplesmente essenciais” (Freitas, 1997, p. 35).

Para Moreira (2016, p. 19) o estado permanece capitalista, mas, qualificado pela participação em parcelas da atividade econômica e com deveres promocionais e, notadamente os contratos da administração pública não estão isentos ou não suscetíveis a tal aplicação, pois “parafraseando o art. 421 do Código Civil, a liberdade de contratação administrativa só poderá ser exercida “em razão e nos limites” da sustentabilidade” (Freitas, 2003, p. 40), ou seja, deverá refletir a atuação do estado tanto sob a vertente da atividade econômica quanto nos deveres condicionados a um perfil de desenvolvimento sustentável.

Isso quer dizer que a Administração Pública revestida do caráter de supremacia do interesse público não pode sob a perspectiva aqui demonstrada da aplicação da teoria geral dos contratos e sua base principiológica e axiológica, contratar sem ter a finalidade de promoção do bem-estar social do administrado, ou seja, sem a aplicação e observação do princípio da sustentabilidade sob o manto da função social contratual.

CONCLUSÃO

As indagações que surgiram e que sustentaram o presente artigo se deram partir da observância da relação intrínseca ou da intersecção entre o direito público e o direito privado, principalmente quando temos como pano de fundo a horizontalização dos preceitos e princípios fundamentais da Constituição Federal sobre todo o ordenamento jurídico.

Essa horizontalização promove a releitura do ordenamento e arcabouço jurídico como um todo resultando consequências sensíveis sobre a interpretação e aplicação material dos ramos do direito.

Desta feita, pode-se notar que o direito privado ao passar pelo fenômeno da constitucionalização, especificamente, sobre o direito civil, inclusive, com a inserção de base principiológica sobre alguns dos mais importantes institutos do direito privado, em especial, o contrato, objeto da análise proposta, também, em face da intersecção com o direito público, constatou-se que tais efeitos também ressoaram e reverberaram sobre o direito administrativo, inclusive, sobre o contrato administrativo.

Notadamente esse fenômeno é possível pelo fato de que natureza do contrato e suas características são as mesmas independente do ramo ao qual será aplicado, pois o que altera é a configuração e suas peculiaridades na vertente a ser executado.

Diante dessas constatações considera-se a função social do contrato prevista no código civil, mais precisamente no artigo 421, como uma decorrência dessa nova visão do direito privado sob as lentes da constituição e, portanto, da mesma forma que tal princípio produz efeitos moduladores sobre o contrato no direito privado, deverá, também, refletir no contrato de natureza administrativa.

A par dessa reflexão pode-se conceber que o princípio abordado se coloca na esfera pública como um potencializador de outro importante conceito que hoje é elevado à categoria de princípio, a sustentabilidade, em que a concebe-se como um vetor de promoção da efetividade dos contratos administrativos, inclusive, para promover o desenvolvimento econômico.

Não se torna redundante, portanto, afirmar que a sustentabilidade, compreendida como a racionalidade e equilíbrio deve sustentar o contrato administrativo, pois, sem a sustentabilidade não há função social, e sem ambos, não se pode afirmar que haverá eficiência administrativa na aplicação e execução do contrato.

Portanto, a função social do contrato como efeito reflexo da teoria geral dos contratos a partir da releitura constitucional proposta, nos permite refletir e compreender que a figura desse importante instrumento jurídico ultrapassa a relação dos envolvidos diretamente no enlace obrigacional, inclusive, na esfera administrativa, de forma que o contrato deve trazer em sua essência a contribuição e colaboração mútua e voltadas para o bem social e para a vida em sociedade como finalidade da atuação do Estado.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**. São Paulo: Atlas, 2002.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 87, n. 750, abr. 1998.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A administração pública entre o direito público e o direito privado. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte**, Belo Horizonte, MG, v. 4, n. 8, p. 203-226, jul./dez. 2011. Disponível em: <http://dspace.xmlui/bitstream/item/9672/PDIexibepdf.pdf?sequence=1>. Acesso em: 28 fev. 2021.

BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a administração pública no século XXI. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, PR, v. 4, n. 1, p. 207-225, fev. 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v4i1.49773>

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 fev. 2021.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FERRAZ, Sérgio. Regulação da economia e livre concorrência: uma hipótese. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, MG, v. 1, n. 1, p. 201-213, jan./mar. 2003.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; MAZETO, Cristiano Souza. Constitucionalização do negócio jurídico e ordem econômica. **Revista Argumentum-Argumentum Journal of Law**, Marília, SP, v. 5, p. 75-92, 2005.

FREITAS, Juarez. **Estudos de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

FREITAS, Juarez. O Estado essencial e o regime de concessões e permissões de serviços públicos. *In*: FREITAS, Juarez. **Estudos de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

FREITAS, Juarez. Regulação administrativa e os principais vieses. **A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 11, p. 93-104, jan. 2003.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

LOBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MATOS, Sidney Tanaka S. Conceitos primeiros de neoliberalismo. **Mediações**, Londrina, v. 13, n. 1-2, p. 192-213, 2008. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/3314>. Acesso em: 17 dez. 2020.

MOREIRA, Egon Bockmann. **O direito administrativo contemporâneo e suas relações com a economia**. Curitiba: Editora Virtual Gratuita -EVG, 2016.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno**. 5. tir. Curitiba: Juruá, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. A necessária constitucionalização do direito: o óbvio a ser desvelado. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, n. 9-10, jan./dez. 1998.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 3.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TIMM, Luciano Benetti. **O novo direito civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Recebido em: 23/08/2021

Aceito em: 01/12/2022