

REVISTA DE DIREITO PÚBLICO DA ECONOMIA - RDPE
ano 11 · n. 41 · janeiro/março 2013 · Publicação trimestral

41

ISSN 1678-7102

Revista de
DIREITO PÚBLICO
DA ECONOMIA

RDPE

DOCTRINA

 EDITORA
Fórum

ano 11 - n. 41 | janeiro/março - 2013
Belo Horizonte | p. 1-246 | ISSN 1678-7102
R. de Dir. Público da Economia – RDPE

Manesco - Advocacia

TOMBO: 48.....

CCDIR:

CUTTER:

ANO: 13.....EDIÇÃO:

EX: 1.....VOL:

Revista de Direito
PÚBLICO DA ECONOMIA

RDPE

 EDITORA
Fórum

REVISTA DE DIREITO PÚBLICO DA ECONOMIA – RDPE

Publicação oficial de

NUPEDE
NÚCLEO DE PESQUISA EM DIREITO ECONÔMICO
PPGD / UFPR

Diretores

Vital Moreira
Marçal Justen Filho
Egon Bockmann Moreira

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (São Paulo)	Luís Roberto Barroso (Rio de Janeiro)
Almiro do Couto e Silva (Porto Alegre)	Manuel Afonso Vaz (Porto)
Calixto Salomão Filho (São Paulo)	Manuel Porto (Coimbra)
Carlos Ari Sundfeld (São Paulo)	Maria Manuel Leitão Marques (Coimbra)
Celso Antônio Bandeira de Mello (São Paulo)	Maria Sylvania Zanella Di Pietro (São Paulo)
Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Rio de Janeiro)	Miguel Poiares Maduro (Lisboa)
Eduardo Paz Ferreira (Lisboa)	Monica Spezia Justen (Curitiba)
Eros Roberto Grau (São Paulo)	Paula A. Forgioni (São Paulo)
Fábio Nusdeo (São Paulo)	Paulo Otero (Lisboa)
Floriane Peixoto de Azevedo Marques Neto (São Paulo)	Pedro Gonçalves (Coimbra)
Leila Cuéllar (Curitiba)	Ronaldo Porto Macedo Jr. (São Paulo)
Luís Domingos Silva Morais (Lisboa)	Sérgio Ferraz (Rio de Janeiro)
	Tercio Sampaio Ferraz Jr. (São Paulo)

Antigos Conselheiros

Antônio Sousa Franco (Lisboa)	Lúcia Valle Figueiredo (São Paulo)
Caio Tácito (Rio de Janeiro)	Marcos Juruena Villela Souto (Rio de Janeiro)

R454 Revista de Direito Público da Economia : RDPE. – ano 1, n. 1, (jan/mar. 2003) -
- Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1678-7102

1. Direito público. 2. Direito econômico. I. Fórum.

CDD: 341
CDU: 342

© 2013 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br
E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional e em Portugal

Esta revista está indexada em:
• Ulrich's Periodicals Directory
• RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas - Congresso Nacional)
• Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos Estados Unidos)

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Supervisão editorial: Marcelo Belico
Revisão: Cristhiane Maurício
Luiz Fernando de Andrada Pacheco
Marilane Casorla
Bibliotecária: Tatiana Augusta Duarte - CRB 2842 - 6ª Região
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Virginia Loureiro
Diagramação: Reginaldo César de Sousa Pedrosa

DOCTRINA Artigos

Carga tributária:
André Felipe Ca

1
1.1
1.2
1.3
1.3.1
1.3.2
1.3.3
1.3.4
2
2.1
2.2
2.2.1
2.2.2
2.2.3
2.2.4
2.2.5
3

Integração
normativa e
Antonio Lóp

I
II
III
IV
V

Uma crítica:
Carlos Ari S

1
2
3

Regime ju
desaprop
Floriane d

1
2

Artigos

Carga tributária na América Latina e a qualidade de suas instituições – **André Felipe Canuto Coelho**

Integración de la solvencia y participación de un tercero en la ejecución del contrato en la normativa española de contratos públicos – **Antonio López Miño**

Uma crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime dos contratos públicos
Carlos Ari Sundfeld, Jacintho Arruda Câmara

Regime jurídico dos aeródromos privados, inexistência de bem ou serviço público e sua desapropriação por Município – **Floriano de Azevedo Marques Neto, Marina Fontão Zago**

Sistema Price – A legislação e a prática no Brasil – **Lisandro Fin Nishi**

A instrumentalidade da atividade financeira do Estado como indutora do desenvolvimento econômico – O papel dos incentivos fiscais na promoção da livre concorrência e da livre iniciativa
Otacílio dos Santos Silveira Neto

A intervenção do Estado Social na economia – Reflexões em torno de um paradigma
Rafael Arruda Oliveira

Do consumo ao desenvolvimento nacional (a experiência brasileira) – Algumas notas sobre a inovação tecnológica – **Rodrigo Daniel Félix da Silva**

Direito Social, o meio ambiente e o desenvolvimento – Reflexões em torno de um caso de sucesso
Ronaldo Porto Macedo Júnior

A Lei do Serviço de Acesso Condicionado – Telecomunicações, conteúdo midiático e restrições subjetivas de capital – **Tercio Sampaio Ferraz Junior, Thiago Francisco da Silva Brito**

Por uma nova economia política – Notas críticas à teoria neoclássica, ao direito econômico e à política econômica. Uma contribuição epistemológica para os preceitos de administração pública no contexto da globalização contemporânea

Thiago Perez Bernardes de Moraes, Geraldo Leopoldo da Silva Torrecillas

ISSN 1678-7102



9 771678 710003



48
RDPE

tel. 50750-6077 - tel. 0800704 3737
editoraforum@editoraforum.com.br



Acesse nossa livraria virtual
www.editoraforum.com.br/loja

Uma crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime dos contratos públicos

Carlos Ari Sundfeld

Professor fundador da Escola de Direito de São Paulo da FGV-SP.
Professor doutor da PUC-SP. Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP.
Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP).

Jacinto Arruda Câmara

Professor doutor da Faculdade de Direito da PUC-SP.
Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP. Vice-Presidente da
Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP).

Resumo: Os diversos contratos públicos têm funções e estruturas muito variadas e, por isso, o direito positivo os trata de modo heterogêneo. Assim, não podem os teóricos e os práticos buscar a uniformização desse tratamento, usando princípios gerais indeterminados.

Palavras-chave: Contratos administrativos. Princípios. Prazo. Prorrogação.

Sumário: 1 A tese – 2 O variado tratamento legislativo da duração e prorrogação dos contratos públicos – 3 Conclusão

1 A tese

A tese deste artigo é a de que os contratos públicos não seguem princípios gerais, mas regras especiais, amoldadas às funções e à estrutura de cada modalidade particular de contrato.

O artigo contesta, portanto, a ideia corrente de que seria natural à generalidade dos contratos públicos um regime jurídico nuclear uniforme, necessário à realização de princípios, estes também uniformes. Ao ver do artigo, a tendência unificadora é um excesso de origem doutrinária, nascido de um desejo de intelectuais: o de criar ordem e harmonia no mundo do direito, em lugar da fragmentação e flutuação típicas do direito positivo construído por autoridades (legisladores

ou juízes, conforme a opção pelo direito legislado ou pretoriano).¹ Em suma, uma rebelião de intelectuais contra um direito positivo que parece incompatível com o seu gosto por sistemas.²

O que, então, em um plano mais geral, justifica este breve estudo é a necessidade de conhecer, compreender e aceitar a heterogeneidade do regime jurídico dos contratos públicos no Brasil. O problema é que essa heterogeneidade é muitas vezes desprezada ou rejeitada, na prática jurídica, por influência distorcida da crença, nascida na doutrina, de que seria inerente ao direito administrativo um regime jurídico não só especial como relativamente uniforme para os contratos da Administração Pública (contratos públicos).³

¹ Essa crítica vale para algumas das ideias expostas em Carlos Ari Sundfeld (*Licitação e contrato administrativo*: de acordo com as Leis 8.666/93 e 8.883/94. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 197-214), pois, a despeito de ali se procurar analisar com algum cuidado os preceitos do direito positivo (estava em pauta a Lei 8.666/93), incorreu-se no excesso de dizer, sem muita prova, que "a Constituição da República — e, a partir dela, as leis — submete todos os atos e relações da Administração Pública a um sistema radicalmente diverso do privado", e isso por conta de "princípios" como os "da legalidade, da impessoalidade, da igualdade, da publicidade, da motivação etc." (p. 200). O excesso está na pressuposição de que o regime contratual aplicável à Administração se vincularia a um "sistema radicalmente diverso do privado", "o sistema do direito público", donde a conclusão de que "todos os contratos da Administração Pública são contratos administrativos, submetidos ao regime de direito administrativo e informados pelos princípios e regras que lhe são próprios" (p. 203). Afora a ausência de qualquer demonstração quanto à radicalidade da distinção, para fins contratuais — supostamente feita pelo próprio direito positivo — de um sistema público contraposto ao privado, o texto incorreu na impropriedade de jogar todos os contratos da Administração em um regime jurídico uniforme, de que infelizmente quase nada se conhece além do nome ilustre ("regime de direito administrativo"), pois seus fundamentos e características ficaram, como é de hábito entre administrativistas, totalmente vagos e indefinidos.

² São frequentes, entre os doutrinadores do direito administrativo, de um lado, referências críticas à "falta de sistematização" da jurisprudência ou da legislação e, de outro, elogios ao trabalho doutrinário sistematizador, baseado no "método técnico-científico" — trabalho esse capaz de mudar para melhor o próprio direito positivo. Maria Sylvania Zanella Di Pietro, p.ex., descrevendo o processo formativo do direito administrativo brasileiro, realça "a contribuição do direito italiano, que se percebe nitidamente em alguns temas específicos do direito administrativo, como [...] na noção de interesse público e tantas outras para as quais os autores italianos muito contribuíram, não só aqui, mas em outros países, porque, ao lado dos alemães, mudaram o próprio método de estudo do direito administrativo; este, com efeito, sendo de formação jurisprudencial, era elaborado a partir de casos concretos, sem muita preocupação com a sistematização; a doutrina alemã e a italiana contribuíram para a adoção de um método científico" (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *500 anos de direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 1. Doutrinas essenciais de direito administrativo, p. 141). O método científico a que se refere a autora é justamente o de fazer sistematizações, construindo teorias gerais e formulando princípios.

³ É comum, nos livros de direito administrativo, partir-se da afirmação de que nem todo contrato celebrado pela Administração é *contrato administrativo*, sujeito ao "regime público", pois ela também estaria autorizada a travar *contratos privados*, sujeitos ao "regime privado". Mas essa diversidade seria apenas parcial, pois mesmo o tal contrato privado da Administração deveria respeito

O desconforto fundamental do presente artigo é com o pressuposto, que vem sendo adotado pelos administrativistas brasileiros, de que o mero fato de algo ser contrato seria bastante para justificar a aproximação de seu regime jurídico ao de outros objetos, com os quais ele tem em comum apenas estas duas coisas: o caráter convencional e a presença, como parte, de alguma entidade estatal. Segundo a visão aqui defendida, esses elementos — o caráter convencional e a Administração como parte — são insuficientes para a pressuposição de identidade quanto ao regime contratual nuclear. Enfim, esses elementos não são capazes de comprovar a existência de um direito contratual público unificado.

O argumento deste artigo é que a premissa metodológica da uniformidade de regime dos contratos públicos vem de uma crença metafísica, sem base suficiente em elementos juridicamente relevantes. É uma distorção, derivada do excesso de confiança nas vantagens do racionalismo e do pensamento sistemático frente ao empirismo e ao pragmatismo.⁴

O fato é que não há fundamento, na Constituição brasileira de 1988, a amparar a pressuposição de uniformidade do regime nuclear dos contratos públicos. O Congresso Nacional recebeu competência legislativa para editar “normas gerais de contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas” (cf. art. 22, XXVII), mas é uma distorção vislumbrar aí a opção constitucional por normas gerais uniformizadoras de todas essas contratações. As normas mencionadas na Constituição são gerais por alcançarem a Administração em geral, nos âmbitos federal, estadual, distrital e municipal. Mas a Constituição não exigiu um regime legal único para todas as modalidades de contratos — o que, de resto, seria bem difícil de viabilizar, como a realidade legislativa e administrativa comprova.

Mesmo em matéria de licitação, em relação à qual tanto se vêm exagerando as interpretações — na tentativa de sacar da Constituição um princípio geral de

a um núcleo de normas públicas, por conta da presença, também nele, “de interesse e finalidade pública”; a justificar sua denominação como contrato “de natureza semipública” ou “contrato administrativo atípico” (cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1990. p. 196).

⁴ José Guilherme Giacomuzzi, estudando justamente os contratos públicos, identifica essa crença como própria da mentalidade dos operadores jurídicos franceses (e brasileiros), em contraposição à dos norte-americanos. Segundo o autor, citando Pierre Legrand, “a questão proposicional da *common law* é *quid factii?*; como consequência, a *common law* é principalmente *reativa*. Ao contrário, a mente do jurista continental — da qual o jurista francês é, talvez, o melhor exemplo — tenta construir uma teoria abstrata antes de decidir qualquer caso. Os juristas continentais primeiro se perguntam sobre os princípios, sendo a questão proposicional *quid juris?*; como consequência, a mente continental é mais *proativa* ou *projetiva*” (*Estado e contrato: supremacia do interesse público “versus” igualdade: um estudo comparado sobre a exorbitância no contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 97-98).

licitação, indistintamente aplicável a todas as modalidades de contratos públicos — a boa verdade é que as normas constitucionais sobre o dever de licitar referem contratos bem específicos, e não *todos* os contratos públicos. Segundo os dispositivos aplicáveis, a licitação é exigível para “obras, serviços, compras e alienações” (cf. art. 37, XXI) e para “concessões e permissões [...] de serviços públicos” (cf. art. 175, *caput*). Ao formular esses dispositivos, o constituinte parecia bem consciente da heterogeneidade dos contratos públicos.

Assim, as normas especificamente contratuais contidas na Constituição não podem servir de base para a afirmação de que os contratos públicos devem se sujeitar a um regime nuclear uniforme. Onde, então, estaria essa base?

Segundo uma visão corrente, o regime especial — e uniforme, quanto a certos aspectos — de todos os contratos públicos decorreria de *princípios do direito administrativo* e, por isso mesmo, seria obrigatório independentemente de previsão constitucional ou legal, e mesmo contra a lei.⁵ Como expõe um autor brasileiro importante, há forte tendência doutrinária de afirmar que os contratos administrativos (envolvendo objetos tão variados como a outorga de serviço ou de bem público, a compra, os serviços e as obras) “apresentam originalidade em relação às congêneres do Direito Privado, pela circunstância de sua disciplina jurídica sofrer o influxo de um interesse público qualificado” e, por isso, estar sujeita a “princípios específicos — de Direito Administrativo — e se submeter a regras da mesma espécie”, que “visam a garantir a satisfação do interesse público”.⁶

O mistério está em saber como realmente seria, em seus detalhes, esse regime jurídico, supostamente exigido pelo interesse público e pelos princípios gerais. Ora, esses princípios, mesmo quando já customizados para o âmbito dos contratos, tendem a ser formulações bastante indeterminadas e abertas. Como esta: *o regime dos contratos administrativos inclui as prerrogativas e sujeições administrativas necessárias à realização do interesse público*.⁷ A partir daí, muitos intérpretes se sentem tentados

⁵ Essa visão se formou no Brasil muito antes de a Constituição de 1988 haver, em seu art. 37, *caput*, positivado princípios da Administração, de modo que a crença em um regime jurídico administrativo aplicável a todas as matérias, inclusive a contratual, não tem diretamente a ver com “princípios positivos”, mas com “princípios pressupostos”.

⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 627.

⁷ Confira-se a doutrina de Bandeira de Mello quanto à submissão dos contratos administrativos a princípios do direito administrativo: “Tais preceitos visam a garantir a satisfação do interesse público, de tal modo que assujeitam peculiarmente o vínculo ao cabal cumprimento desse desiderato, o que, de resto, como adiante se verá, em nada compromete os interesses do particular substanciados no ajuste. Conferem à Administração prerrogativas de supremacia, enquanto instrumentais à realização da finalidade pública e na medida em que o sejam, do mesmo passo em

a plasmar com alguma liberdade o conteúdo uniforme do regime dos contratos, com esteio em concepções pessoais sobre o interesse público.

O presente estudo, partindo de uma visão cética quanto à tendência doutrinária de vincular o regime jurídico dos contratos públicos a princípios vagos e indeterminados,⁸ pretende mostrar um pouco da variedade do direito positivo e das situações contratáveis, como modo de alertar não só para a falta de base da ideologia unificadora por princípios, como também para o risco de sua aplicação prática gerar distorções mais ou menos graves.⁹

Este artigo não contém a análise completa das supostas peculiaridades dos contratos públicos. As mais conhecidas são as dos “poderes exorbitantes”, que já vêm sendo objeto de discussões bastante ricas, inclusive no Brasil.¹⁰ Mas a chamada *teoria geral do contrato administrativo*, responsável histórica pelo projeto unificador, incluiu muitos outros tópicos.¹¹

A opção do presente estudo é focar apenas um aspecto, embora crucial, dos contratos públicos: o de sua vigência. O objetivo é por à prova a visão crítica quanto à existência, no Brasil, de um regime nuclear uniforme para os contratos públicos, supostamente justificado pelas vagas exigências do interesse público.

2 O variado tratamento legislativo da duração e prorrogação dos contratos públicos

A ideia de prorrogação sucessiva de contrato público pode causar certa apreensão numa aproximação inicial. Afinal de contas, como admitir que, por

que lhe irrogam sujeições típicas, umas e outras armadas ao propósito de acautelar o interesse público” (*op. cit.*, p. 627).

⁸ Essa visão não é restrita ao tema dos contratos públicos, sendo aplicável amplamente contra a orientação, bastante aceita por escritores brasileiros, de fazer a amarração principiológica do direito administrativo como um todo. Para a crítica mais ampla à *doutrina do direito administrativo construído sobre princípios* [cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Princípios desconcertantes de direito administrativo*. In: DALLARI, Adilson Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). *Tratado de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1, p. 276 et seq.].

⁹ Para a demonstração dos efeitos negativos dos princípios na prática jurídica concreta em questões públicas, cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 60-84 (em capítulo não por acaso denominado “Princípio é Preguiça?”).

¹⁰ Um exemplo brasileiro é o livro de José Guilherme Giacomuzzi, *cit.*, que explora as conexões entre a teoria dos poderes exorbitantes e a do princípio da supremacia do interesse público.

¹¹ E tem sido constante a discussão teórica sobre sua pertinência. Exemplo interessante, inclusive por ser francês, é o livro de Christophe Guettier, que, significativamente, chama-se *Direito dos contratos administrativos* — um nome no plural, para marcar com força a heterogeneidade desse direito, contrapondo-se assim à proposta de uma teoria geral do contrato administrativo com virtudes unificadoras (*Droit des contrats administratifs*. 2ª ed. Paris: PUF, 2008).

mera conveniência, alguém ocupe indefinidamente o posto de contratado da Administração Pública? E a impessoalidade, como fica? Seria lícito firmar contrato de prestação de serviços com possibilidade de prorrogação sucessiva? Seria viável conceder serviço público nessas mesmas condições? Sendo conveniente às partes, vínculo contratual com a Administração poderia durar para sempre? Isso tudo não é estranho e potencialmente comprometedor do interesse público?

Pode surgir uma instintiva reserva em relação a mecanismos contratuais dessa ordem. De um lado, a perenidade da avença poderia ser vista como favorecimento indevido ao particular contratado (uma prevalência do privado em face do público); de outro, seu caráter aberto proporcionaria à avença indeterminação incompatível com o interesse público e, portanto, com as contratações envolvendo o Poder Público.

Assim, não seria de estranhar que alguém defendesse, como inerente ao regime jurídico unificado dos contratos públicos, algum tipo de *limitação padrão* à vigência desses contratos, de modo a prevenir, por meio de alguma regra geral, a violação do interesse público. Seria correto isso?

Bem, a despeito de ser racionalmente viável formular argumentos em defesa de uma solução desse tipo, o fato é que o direito positivo brasileiro vem rejeitando fórmulas uniformizadoras da vigência dos contratos públicos em geral — e, de resto, argumentos também bastante racionais podem ser apresentados em favor dessa opção normativa. Há considerável variação no regime jurídico aplicável às diversas espécies contratuais públicas, inclusive quanto à disciplina dos prazos máximos de vigência e quanto à admissibilidade de prorrogações. Devemos nos insurgir contra essa variação, procurando contrapor a ela a força de algum dos grandes — e indeterminados — princípios?

A questão dos prazos é tratada de maneira bastante diversificada, mesmo para os contratos administrativos ditos comuns (de obras, serviços e compras), regidos pela Lei nº 8.666/93.

A regra geral definida na Lei nº 8.666/93 é a de que os contratos devam ter prazo máximo de 1 ano, ou seja, que tenham duração compatível com a vigência dos respectivos créditos orçamentários (art. 57, *caput*). Todavia, existem diversas exceções: a lei autoriza a prorrogação, para além da vigência dos respectivos créditos orçamentários, de contratos cujo objeto esteja inserido no Plano Plurianual (art. 57, I); também por intermédio de prorrogações, a duração de contratos de prestação continuada pode chegar a 5 anos (art. 57, II), ou a 6 anos, em casos excepcionais (art. 57, §4º); mais recentemente, a legislação foi alterada para admitir contratos com vigência de até 10 anos, quando firmados com base em

determinadas hipóteses de dispensa de licitação (art. 57, V, acrescentado pela Lei nº 12.349/2010).

Tais prazos, todavia, não vinculam os contratos da Administração que, segundo a lei, seriam regidos predominantemente pelo direito privado (cf. art. 62, §3º, I, da Lei nº 8.666/93),¹² os quais podem ter vigência, portanto, para além dos limites previstos no art. 57 da Lei nº 8.666/93. Nesse caso, a exclusão é expressa. Mas também há contratos não regulados por tais prazos, e isso por falta de aderência de suas características à regra legal.

A racionalidade empregada ao longo do art. 57 da Lei nº 8.666/93 parece estar na vinculação dos prazos dos contratos à duração de créditos ou planos orçamentários. A regra aparentemente só faz sentido quando aplicada a contratos que sejam fonte de despesas orçamentárias. Tal condição não se perfaz em relação a contratos que não geram despesas para a Administração (seria o caso, por exemplo, de contrato de cessão de direito de uso de bem público). Nessas hipóteses, não parece que sua duração esteja limitada aos prazos do art. 57 da Lei nº 8.666/93.¹³

Existe ainda importante diferenciação entre duas categorias de contratos: os contratos por escopo e os contratos por prazo.

A plena execução dos contratos por escopo é determinada pela realização de objeto preestabelecido. Mesmo havendo prazo para conclusão do pactuado, o decurso do tempo não é em si suficiente para extinguir a avença. O prazo é estabelecido como obrigação do contratado e não como elemento para determinar a extinção do contrato pelo seu pleno cumprimento. É o que se dá nos contratos de empreitada de obra pública. A execução do contrato e, conseqüentemente, a extinção decorrente de sua plena eficácia se dão com a construção da obra em si. O transcurso do prazo contratual é relevante para apurar o cumprimento da obrigação do contratado, mas não basta para extinguir a avença.

¹² "Art. 62, §3º. Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber: I - aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado". Como se vê, determinou-se a aplicação dos arts. 55 e 58 a 61 aos contratos regidos predominantemente pelo direito privado. O art. 57, que estabelece os prazos máximos de vigência, foi deliberadamente afastado.

¹³ Nessa linha é a ponderação de Celso Antônio Bandeira de Mello: "Há, demais disto, contratos que não implicam comprometimento de recursos orçamentários, como as concessões de obra ou serviço público. Nestes não concorrem as razões que impuseram a regra geral de limitação da duração à disponibilidade de créditos orçamentários. Assim, não sofrem a limitação apontada. Demais disto, seus prazos terão de ser necessariamente longos para a amortização do capital" (*Curso de direito administrativo, op. cit.*, p. 638).

Já nos chamados contratos por prazo, a passagem do tempo é suficiente para determinar sua extinção, decorrente da plena execução do pactuado. Contratos de prestação continuada, como o de vigilância predial, têm no prazo o marco para sua extinção. Findo o prazo, extingue-se o contrato.¹⁴

Essa diferença é importante para definir o impacto da prorrogação de prazo em cada espécie contratual. Nos contratos por escopo, a ampliação do prazo constitui apenas dilação temporal para viabilizar a efetiva execução do pactuado originalmente. O objeto do contrato em si, seu escopo, não é alterado. A consequência é distinta quando se trata de contrato por prazo. Ao dilatar-se o prazo de contrato dessa espécie, a alteração amplia o próprio objeto contratado.

A questão da duração dos contratos, inclusive em relação à disciplina de eventuais prorrogações, mereceu tratamento completamente distinto na Lei Geral de Concessões de Serviços Públicos (Lei nº 8.987/95). Até por não importar comprometimento de recursos orçamentários, pois a remuneração do concessionário se dá com a exploração econômica do serviço concedido, a lei não fixou prazo máximo de vigência desses contratos.

O contrato de concessão deve ter prazo certo (art. 23, I, da Lei nº 8.987/95), mas a lei não indicou limite geral a ser observado. Cabe ao poder concedente, em vista das peculiaridades do objeto da outorga, pactuar o prazo adequado para viabilizá-la. A lei também foi aberta em relação à prorrogação desses contratos. Não houve limitação quanto ao número possível de prorrogações; a lei apenas estabeleceu como cláusula necessária aos contratos de concessão a que tratasse das "condições para prorrogação do contrato" (art. 23, XII).¹⁵ Os requisitos para prorrogação, inclusive o número de vezes em que será admitida, devem ser disciplinados no próprio contrato. A Lei nº 8.987/95 indicou a necessidade de tratar contratualmente do assunto, mas não fez qualquer determinação sobre o conteúdo a ser estabelecido sobre essa matéria.

Mas o mundo das concessões tampouco é homogêneo. A Lei nº 8.987/95 não constitui o único marco legal a disciplinar todas as relações contratuais envolvendo outorgas de direitos de exploração de bens ou serviços públicos. No vasto

¹⁴ Assim a distinção foi explicada em obra doutrinária: "Nos contratos por prazo, a chegada do termo final extingue a avença. Já nos contratos por escopo, a cessação dos efeitos resulta da implementação do objeto: a entrega dos bens, no caso de compras, a conclusão das obras, a entrega de parecer, etc. Caso, na data marcada para o adimplemento, o objeto não esteja concluído, ficará caracterizada a mora, com as consequências daí decorrentes" (SUNDFELD. *Licitação e contrato administrativo*: de acordo com as Leis 8.666/93 e 8.883/94, p. 251).

¹⁵ Lei nº 8.987/95: "Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: I - ao objeto, à área e ao prazo de concessão; [...] XII - às condições para prorrogação do contrato;"

lequ
da c

próp
e at
de r
são s
15 a
raça
assu
não i
do C

inclu
expre
patrc
casos
gação

quest
prorr
objet

de pr
contr
event
ticas c

é enc
rio, a
brasile

¹⁶ "Art. 2
mínin
ou da

¹⁷ "Art. 5
da Lei
vigên
5 (cin

leque de contratos designados como “concessões” também é variável o tratamento da duração dos contratos e de sua prorrogação.

Há, por exemplo, importante segmento dos serviços públicos para o qual a própria Constituição Federal assegura a continuidade do vínculo, autorizando — e até incentivando — a prorrogação sucessiva das concessões. Trata-se do setor de radiodifusão. Deveras, as concessões para exploração dos serviços de radiodifusão sonora ou de sons e imagens têm prazo definido na própria Constituição (10 e 15 anos, respectivamente — art. 223, §5º), mas podem ser renovadas por deliberação do Chefe do Executivo e do Congresso Nacional. Aliás, a opção claramente assumida pelo Constituinte foi pela continuidade do vínculo, pois exigiu que a não renovação da outorga contasse com a aprovação de, no mínimo, dois quintos do Congresso Nacional em votação nominal (art. 223, §2º).¹⁶

Quando a legislação pretende limitar a extensão dos vínculos contratuais, inclusive quando adota o modelo contratual das concessões, o faz de modo claro, expresso. É o que se constata, por exemplo, no tratamento legal das concessões patrocinadas e administrativas, as denominadas Parcerias Público-Privadas. Nesses casos, por determinação expressa da lei, os contratos, incluindo eventual prorrogação, não podem exceder o prazo de 35 anos (art. 5º, I, da Lei nº 11.079/2004).¹⁷

Esse panorama mostra que não existe regra de aplicação uniforme quanto à questão do prazo dos contratos administrativos e sobre a admissibilidade de sua prorrogação. São múltiplos os regimes jurídicos, a depender das características e objetivos inerentes a cada setor e tipo contratual.

Não há, portanto, regime jurídico único em relação a prazo e possibilidade de prorrogação de contratos públicos. A identificação segura do regime jurídico contratual aplicável a determinado setor deve ser obtida a partir da análise da eventual lei específica, da sua lógica econômica e comercial e de outras características do objeto da contratação.

Mais um caso eloquente do quão variado pode ser o tratamento do tema é encontrado no regime jurídico dos contratos de mineração. No setor minerário, a exemplo do que ocorre com vários outros segmentos no direito público brasileiro, existem regras próprias sobre outorgas. Os contratos minerários não

¹⁶ “Art. 223. [...] §2º A não renovação da concessão ou permissão dependerá de aprovação de, no mínimo, dois quintos do Congresso Nacional, em votação nominal. [...] §5º O prazo da concessão ou da permissão será de dez anos para as emissoras de rádio e de quinze para as de televisão”.

¹⁷ “Art. 5º As cláusulas dos contratos de parcerias público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: I - o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação”.

se sujeitam às regras para contratação da prestação de serviços comuns (ditadas pela Lei nº 8.666/93), tampouco às que disciplinam contratos de concessão de serviço público (sujeitos à Lei nº 8.987/95). Existem normas constitucionais (art. 176 da CF) e legais (Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1997 – Código de Minas) específicas sobre a matéria.

Os recursos minerais são bens da União (art. 20, IX, da CF). A exploração desses recursos pode ser feita por terceiros, desde que se obtenha outorga da União (art. 176, §1º, da CF).¹⁸

Quando a União outorga a terceiro o direito de lavra sobre determinada jazida, firma relação jurídica com objeto certo. Trata-se de contratação por escopo. O detentor do direito de lavra é autorizado a explorar determinado minério, em área delimitada e de acordo com plano de extração previamente analisado e aprovado pela União. Os recursos minerais, como se sabe, não são renováveis; eles são finitos. A outorga se faz para a plena exploração de jazida, ou seja, para a “extração das substâncias minerais úteis que contiver”; assim, outorga-se o direito de lavra para que a jazida seja explorada até o fim.¹⁹

Mesmo sem prazo certo de exploração — e a concessão minerária não traz prazo de vigência — tais relações jurídicas contam com limitação concreta e determinável: é o esgotamento da jazida.²⁰ O escopo do contrato (a exploração plena da jazida) define a extensão da outorga. Antes do esgotamento, o direito de explorar a jazida se extingue por renúncia (art. 58) ou caducidade (art. 63, III), nas situações especificadas no Código de Minas.

¹⁸ “Art. 20. São bens da União: [...] IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo”; “Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra. §1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o *caput* deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas”.

¹⁹ Confira-se a definição de lavra disposta no Código de Minas: “Art. 36. Entende-se por lavra o conjunto de operações coordenadas objetivando o aproveitamento industrial da jazida, desde a extração das substâncias minerais úteis *que contiver*, até o beneficiamento das mesmas”.

²⁰ Trata-se de característica básica do regime jurídico da exploração da jazida, sendo inclusive divulgada pelo DNPM em cartilhas de orientação a novos investidores. Confira-se: “Direitos conferidos pelo título de lavra: – *Lavrar a jazida até a sua completa exaustão*, em conformidade com o plano aprovado pelo DNPM e o licenciamento ambiental concedido pelo órgão ambiental competente, dispondo do produto da lavra, sem qualquer ônus especial” (Disponível em: <http://www.dnpm.gov.br/mostra_arquivo.asp?IDBancoArquivoArquivo=367#2.3regimededeconcessãodelavra>. Acesso em: 04 fev. 2013).

Trata-se do modelo de exploração de minas adotado tradicionalmente no Brasil. A União, titular do bem a ser explorado (a jazida), confere a outrem o direito de extração dos minérios. Como proprietária dos recursos minerais, remunera-se da exploração desenvolvida pelos seus autorizados ou concessionários, preservando a atribuição de acompanhar o desempenho de seu mandatário no cumprimento do plano previamente concebido para exploração da jazida.

A questão temporal não é determinante para a duração desse vínculo. Diversos fatores podem influenciar a definição do período necessário à plena e satisfatória exploração da jazida, acelerando ou reduzindo o ritmo de extração.²¹ Diante disso, é compreensível que a legislação tenha deixado de fixar prazo uniforme de vigência para o direito de lavra. Ele se extinguirá quando acabarem os minerais úteis contidos na jazida. Antes disso, ele perecerá apenas se houver descumprimento de obrigações por parte do autorizado ou concessionário (gerando, com isso, a caducidade da outorga) ou por renúncia desse direito.

No setor, vige a diretriz do desenvolvimento contínuo da lavra. De acordo com ela, o minerador assume o dever de explorar sem interrupções a jazida²² e, em contrapartida, tem direito à exploração plena dos minérios ali contidos. Foi o modelo concebido para, a um só tempo, viabilizar a realização de grandes investimentos necessários à exploração dos minérios sem comprometimento das finanças públicas e incentivar a participação de investidores privados. O interesse estatal está assegurado com a garantia de exploração contínua do recurso minério, de modo a desenvolver a atividade extrativista e produzir consequências positivas no crescimento econômico e social do País. O incentivo à iniciativa privada, por sua vez, é garantido com a outorga do direito à exploração plena da jazida.

Portanto, a legislação não estabelece prazo máximo para a vigência das outorgas de direito de lavra. E o tratamento constitucional da matéria é compatível com essa opção.

Vejam-se, como comparação, diretrizes fixadas constitucionalmente para as concessões de serviço público. Para estas, a Constituição estabeleceu, como tema a ser disciplinado em lei, "o caráter especial de seu contrato e as condições de

²¹ Assim dispõe o art. 51 do Código de Minas: "Quando o melhor conhecimento da jazida obtido durante os trabalhos de lavra justificar mudanças no plano de aproveitamento econômico, ou as condições do mercado exigirem modificações na escala de produção, deverá o concessionário propor as necessárias alterações ao DNPM, para exame e eventual aprovação do novo plano".

²² Art. 47. Ficará obrigado o titular da concessão, além das condições gerais que constam deste Código, ainda, às seguintes, sob pena das sanções previstas no Capítulo V: [...] XIV - Não suspender os trabalhos de lavra, sem prévia comunicação ao DNPM" (Código de Minas).

sua prorrogação" (art. 175, parágrafo único, I).²³ A própria Constituição, portanto, indicou implicitamente que esse tipo de contrato deveria ter prazo determinado (embora não tenha definido sua extensão), admitindo sua prorrogação.

A outorga para exploração de recursos minerais mereceu disciplina diversa. Ao concessionário foi assegurada a "propriedade do produto da lavra" (art. 176, *caput*). Acena-se, portanto, com a atribuição de direito (o de propriedade) que não se sujeita a prazo determinado de vigência. Além disso, ao se estabelecer diretrizes gerais dos instrumentos de outorga de direitos de mineração, previu-se prazo determinado apenas para a "autorização de pesquisa"; já as autorizações e concessões *de lavra* não receberam qualquer limitação temporal, sujeitando-se apenas sua transferência à prévia anuência do poder concedente (art. 176, §3º).²⁴

Houve, com isso, evidente sintonia entre o tratamento constitucional da matéria e a tradição legislativa e prática do setor minerário. A Constituição de 1988 permaneceu admitindo que concessão de lavra tenha prazo de vigência indeterminado, ou seja, que a outorga seja limitada pelo escopo (exploração dos minérios contidos na jazida) e não por período de tempo preestabelecido.

Esses contratos não se assemelham às concessões de serviços públicos. O regime jurídico aplicável à lavra difere muito daquele previsto para concessões de serviços públicos. A concessão de serviço público é contrato por prazo, o concessionário em geral é remunerado por tarifa (preço controlado pelo concedente), os bens úteis à prestação do serviço se sujeitam à reversão, prevê-se indenização dos valores investidos na concessão e que não sejam amortizados ao final do contrato e assim por diante.

Já a exploração de minas, como dito, se sujeita a regime jurídico completamente distinto. O direito de lavra é outorgado em contrato por escopo (que confere direito de exploração plena da jazida e não à fruição de direitos por prazo determinado). O concedente não determina o preço a ser cobrado pelo minério extraído. Não se assegura a amortização de investimentos realizados para exploração da jazida. Os bens empregados na extração não são reversíveis (exceto

²³ "Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão".

²⁴ "Art. 176. [...] §3º A autorização de pesquisa será sempre por prazo determinado, e as autorizações e concessões previstas neste artigo [de lavra] não poderão ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente, sem prévia anuência do poder concedente".

aqueles que não podem ser retirados sem danificar a jazida).²⁵ Com exceção do nome, muito pouco aproxima as outorgas do direito minerário daquelas empregadas na delegação de serviços públicos.

Aliás, os pactos derivados das concessões minerárias — como os contratos de arrendamento minerário — respeitam a lógica específica das concessões minerárias. O Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), órgão responsável pela regulação do setor minerário, disciplinou em portaria a relação jurídica de transferência de direitos de exploração do concessionário de lavra a terceiros.²⁶ Esse tipo de contrato foi denominado de “arrendamento” e, embora deva possuir prazo determinado (art. 12 da Portaria), admite prorrogação, sem qualquer restrição quanto ao número de vezes em que pode ocorrer (arts. 14 a 17 da Portaria).

O arrendamento minerário, por suas características, é contrato que se pode dizer “regido preponderantemente por normas de direito privado”. A regulamentação editada estabelece, basicamente, requisitos referentes à anuência prévia do órgão regulador e ao registro da avença. São normas direcionadas a assegurar o adequado acompanhamento da exploração da jazida, que se pretende transferir a terceiro. O teor do contrato é definido pela livre manifestação de vontade das partes. E é razoável que assim o seja, até porque, na maioria das vezes, o pacto envolverá particulares (o concessionário e o arrendatário).

Mas a circunstância de, em algum caso, o concessionário-arrendante ser entidade estatal (p.ex., um Estado da Federação, que tenha recebido concessão minerária da União), não afetará a natureza do contrato de arrendamento em si. Seu conteúdo seguirá predominantemente as normas de direito privado, não lhe sendo aplicáveis, também por essa razão, os prazos máximos previstos no art. 57 da Lei nº 8.666/93 (conforme expressamente definiu o art. 62, §3º, I, da mesma Lei nº 8.666/93).

O contrato de arrendamento deve ser compatível com as regras constitucionais e legais do direito minerário. E, em relação a essas, constata-se nítida compatibilidade da previsão de prorrogação sucessiva do contrato. Deveras, a outorga de lavra, nos termos do Código de Minas, não possui sequer prazo determinado. A outorga confere ao beneficiário o direito de extração do minério contido na jazida, independentemente do prazo necessário à sua consecução.

²⁵ Eis o que dispõe o Código de Minas: “Art. 67. Verificada a causa de nulidade ou caducidade da autorização ou da concessão, salvo os casos de abandono, o titular não perde a propriedade dos bens que possam ser retirados sem prejudicar o conjunto da mina”.

²⁶ Portaria nº 269, de 10 de julho de 2008.

3 Conclusão

Essas referências todas — expostas aqui pela capacidade de os fatos desmistificarem ideias que parecem muito sedutoras no plano da pura abstração — mostram o equívoco da eventual tentativa doutrinária de, com a boa orientação do interesse público, construir cláusula padrão limitadora da vigência da generalidade dos contratos envolvendo a Administração Pública. E por quê? Porque seria completamente artificial a imposição de uniformidade jurídica à experiência contratual pública, cuja característica é justamente a da heterogeneidade, dada a diversidade de situações em que a Administração se envolve.²⁷

Pois bem. É muito provável que boa parte das generalizações contidas na chamada “teoria do contrato administrativo” — e que parecem fazer muito sentido no mundo abstrato — também não sejam capazes de resistir ao teste da realidade jurídica. São generalizações que foram aceitas simplesmente por “fazerem sentido”, por soarem convincentes ao intelecto, por agradarem ao espírito sistematizador. Mas isso decididamente não pode bastar para a afirmação de um regime jurídico, que tem a ver com escolhas políticas, expressas pelas normas, e com problemas práticos da experiência cotidiana.

Há inegável sedução por parte da doutrina em fixar o que seria o regime jurídico único, sistêmico, homogêneo, aplicável a cada capítulo do direito administrativo, senão ao direito administrativo como um todo.

É compreensível o esforço em conhecer e aprimorar esse elenco de ideias gerais e vagas em torno da matéria. Elas servem para proporcionar uma visão ampla, ainda que borrada, de um vasto e complexo ramo do direito. Mas não há como intuir todas as minúcias e complexidades envolvidas na definição de cada tema que compõe a disciplina a partir desse retrato panorâmico.

Assim ocorre em relação aos contratos públicos. Princípios gerais do direito administrativo e características gerais dos contratos não bastam para definir o tratamento jurídico das diversas espécies contratuais públicas.

A generalização, para tais fins, é inútil. Pior: é perigosa, pois pode induzir a erro. Ideias gerais, como a que registra a existência de prerrogativas em favor da

²⁷ Como bem observa Egon Bockmann Moreira, tratando das concessões: “Esta diversidade substancial reclama diplomas com fundamento fático-normativo coerente com as peculiaridades de cada um dos setores econômicos que abrigam os serviços concedidos (e/ou permitidos). Não só a natureza de normas gerais, mas igualmente a especialização setorial proíbem soluções-padrão universais” (*Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei nº 8.987/1995: parte geral*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 53).

Administração Pública ou a prevalência do interesse público sobre o interesse do particular contratado, dizem muito pouco (ou nada) no momento de descortinar o teor de uma específica obrigação ou os limites de determinado instrumento contratual.

Para identificar a regra a ser aplicada ao contrato, como se demonstrou em relação ao tema dos prazos, é fundamental conhecer detalhadamente as especificidades do direito positivo aplicável. Isso é óbvio. Porém, na prática administrativa, muitas vezes se percebe a invocação das ideias gerais, embebidas em suposta erudição e conhecimento "doutrinário", desafiar textos expressos de lei ou a mais elementar lógica contratual.

O direito positivo brasileiro está longe de ser homogêneo em relação ao tratamento dos contratos públicos. A Lei nº 8.666/93, pretensamente geral, não constitui o único diploma legal sobre a matéria. Notadamente quando o contrato envolve setores regulados, é necessário compreender o funcionamento dos setores e conhecer suas normas particulares para, a partir de suas especificidades, estabelecer o regime jurídico aplicável.

A conclusão é que, se algo os juristas e os práticos devem pressupor a respeito dos contratos públicos, certamente não é a uniformidade de seu regime, quanto a qualquer aspecto. A pesquisa da realidade jurídica mostra justamente o contrário: que os diversos contratos públicos estão, em geral, submetidos a regimes muito heterogêneos.

Assim, quem gostar de formular princípios — mas quiser espelhar neles com fidelidade o direito positivo, e não as suas próprias opiniões sobre um direito ideal — terá de constatar que o grande princípio geral é este: *os contratos públicos não seguem princípios gerais, mas regras especiais, amoldadas às funções e à estrutura de cada modalidade particular de contrato.*

A Critical Analysis about the Tendency to Unify with Principles the Government Contract Law

Abstract: The different government contracts have different functions and structures. Therefore, the law treats them in a different way. Thinkers and practical can't seek unification of the law of government contracts by using undetermined general principles.

Key words: Government contracts. Principles. Contractual term. Extension.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Uma crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime dos contratos públicos. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 41, p. 57-72, jan./mar. 2013.

Recebido em: 22.02.2013

Aprovado em: 25.03.2013