

FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA

CONTRATO
ADMINISTRATIVO



QUARTIER LATIN

EDITORA QUARTIER LATIN DO BRASIL

Rua Santo Amaro, 316 - Centro - São Paulo

Contato: quartierlatin@quartierlatin.art.br
www.quartierlatin.art.br

Coordenação editorial: Vinicius Vieira

Diagramação: Antonio Marcos Cavalheiro

Revisão gramatical: *Studio Quartier*

Capa: Eduardo Nallis Villanova

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias – Contrato
Administrativo – São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ISBN 85-7674-617-4

1. Direito Administrativo 2. Contrato Administrativo
I. Título

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil: Direito Administrativo
2. Brasil: Contrato Administrativo

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal), com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

Capítulo 4
Teoria do contrato
administrativo e seu
regime jurídico específico

SEÇÃO 7 – CONSOLIDAÇÃO DO MODELO FRANCÊS

Nas duas Seções anteriores, buscou-se analisar o surgimento e a configuração original da teoria do contrato administrativo. Cumpre agora constatar as notas principais dessa teoria, tal como consolidada na segunda metade do século XX. Nesta Seção será dada atenção ao “modelo francês”, o que importa dizer modelo adotado no Direito francês e em outros Direitos europeus que sentiram mais intensamente sua influência. Porém, no tocante a esse estudo de Direito estrangeiro, será ele limitado à identificação das características fundamentais que interessem à compreensão do fenômeno no Direito brasileiro.

PLANO DA SEÇÃO

48. Principais modelos. 49. Consequências do Direito europeu. 50. Modelo francês. 51. Crítica de BÉNOIT em face do Direito positivo francês. 52. Crítica de DUGUIT no plano da teoria geral do Direito. 53. Influência do modelo francês sobre o Direito português. 54. Influência do modelo francês sobre o Direito espanhol. 55. Influência do modelo francês sobre o Direito italiano. 56. Considerações finais sobre as ideias expostas nesta Seção.

48. **Principais modelos.** Visto não se pretender produzir nesta tese estudo específico de Direitos estrangeiros, resta oportuno, no espírito do método comparativo a que se está, em parte, recorrendo, contemplar a evolução europeia da teoria do contrato administrativo em termos de *modelos*.

Pode-se adotar, nessa linha, a formulação de Michel FROMONT (2006).

Levando em conta a realidade europeia, Michel FROMONT analisa o regime jurídico dos contratos que envolvam uma pessoa de Direito público e outra pessoa privada³³⁸, de modo a propor modelos inspirados por dois princípios: de um lado, o “princípio da submissão ao direito público”; de outro, o “princípio da submissão ao direito privado”.

338 Observe-se que, dado o corte temático desta tese pelo viés do Direito administrativo interno, não se está cuidando dos contratos internacionais celebrados por entes públicos. Sobre esse ponto, Laurent RICHER (2006:12) sistematiza a matéria, a partir da questão de serem, ou não, todos os acordos entre dois Estados considerados “tratados” e regidos pelo Direito internacional. Mostra então o autor três possíveis posições: (i) todos esses acordos são tratados (acordos de Direito internacional), independentemente de seu conteúdo e de sua finalidade, mesmo que incorporando disposições de Direito interno (que assim tornar-se-iam regras próprias

O princípio da submissão ao Direito público faz-se presente com mais clareza no dito “modelo francês”, o qual exerceu influência em maior grau sobre países como Portugal, Espanha e a Grécia; e exerceu influência, porém com atenuações, sobre a Bélgica e a Itália³³⁹ (FROMONT, 2006:299, 305 e 309).

Já o princípio da submissão ao Direito privado encontra-se em dois modelos originais diversos: o “modelo alemão” e o “modelo inglês”. O primeiro marca também os Direitos dos Países Baixos, Áustria, Suíça e Polônia. O segundo, o da Irlanda (FROMONT, 2006: 313, 318/321 e 324).

Entretanto, mais relevante do que estudar detidamente a característica de cada um desses Direitos, é compreender a essência dos modelos apontados.

O modelo francês caracteriza-se pelo mais alto grau de especificidade publicística das regras do regime aplicável a contratos celebrados pela Administração, regras essas, como já visto, elaboradas originalmente pela jurisdição administrativa, a qual tem competência para conhecer dos litígios decorrentes das relações contratuais administrativas.

do tratado); (ii) esses acordos podem ser tratados ou ser contratos (acordos de Direito interno) conforme a vontade dos signatários, que são livres e soberanos para decidir o direito aplicável ao caso; (iii) esses acordos podem ser tratados ou ser contratos conforme seu objeto – seria um contrato se o objeto decorresse normalmente do Direito interno.

E, ainda sobre esse tema, importa notar a questão sobre situações em que entes subnacionais têm competência para a celebração de tratados internacionais. Nesse sentido, ver, entre outros, Jean COMBACAU e Serge SUR (2004:81), que esclarecem que tal questão foi deixada pela Convenção de Viena para a descrição do Direito interno. Isso vale, portanto, tanto no caso de entes federados, como no caso de coletividades territoriais de Estados unitários. Outro estudo sobre o assunto, concluindo que não existe princípio em Direito internacional e em Direito interno que impeça, *a priori*, a relação das pessoas públicas infraestatais com pessoas públicas estrangeiras, foi feito por Robert LAFORE (1988). No caso da França, por exemplo, lei de 1992 dá às coletividades territoriais a competência para concluir convenções com coletividades territoriais estrangeiras nos limites de sua competência e respeitando os compromissos internacionais do Estado nacional. Como referência para o estudo do tema das coletividades territoriais na França, ver Michel VERPEAUX (2008).

No plano internacional, agora quanto às relações de cooperação entre Estados soberanos, tanto em termos de cooperação intergovernamental, como de cooperação supranacional, ver Enrique Ricardo LEWANDOWSKI (2004:261 e ss.). Sobre a perspectiva de um “Direito internacional de parceria”, ver Arnoldo WALD *et al.* (2004:60 e ss.).

339 Como dito, Espanha, Portugal e Grécia seguem mais de perto o modelo francês, em grande medida por possuírem jurisdição administrativa com competência semelhante à francesa; já Itália e Bélgica, ainda que aceitem a noção de um regime de Direito público, distinguem, em um contrato administrativo, aspectos submetidos à competência da justiça administrativa e aspectos submetidos à competência da justiça comum: em linhas gerais, os atos praticados até a celebração do contrato têm mais fortemente um tratamento publicístico e são submetidos à justiça administrativa; os atos de execução dos contratos, que se considera envolverem direitos subjetivos, têm tratamento mais privatístico e são submetidos à justiça comum (FROMONT, 2006:311/312).

O modelo alemão segue, tradicionalmente, o princípio da submissão ao Direito privado pelo fundamento de se considerarem incompatíveis a noção de contrato e o Direito público³⁴⁰.

Já o modelo inglês segue o mesmo princípio, porém por outro fundamento: a ideia pela qual a Administração, salvo exceções, é submetida às mesmas regras que as pessoas privadas (FROMONT, 2006:313).

A formulação teórica de modelos, relacionados a origens nacionais, pode ser útil para uma abordagem didática do fenômeno. Todavia, importa registrar que não é pacífico entre os juristas que sua aplicação prática preserve a mesma

340 Esse raciocínio era típico dos autores do início do século XX, como Otto MAYER e Fritz FLEINER, citados no tópico 40. Tal fundamento sofreu atenuações com a Lei de Processo Administrativo, de 1976, que prevê a figura do contrato de Direito público, porém com aplicação mais restrita que no caso francês (FROMONT, 2006:316). A Lei ainda está em vigor, com alterações, especialmente por necessidade de adaptação às diretivas comunitárias.

Hartmut MAURER (1994:365/366), analisando o regime da Lei de Processo Administrativo (§§ 54 a 62), mostra que o objeto do contrato determina sua natureza pública (ou privada); assim sendo, há contrato administrativo notadamente quando se trate: (i) da aplicação de regras de Direito público (ex.: contrato de expropriação, sobre o valor da indenização, previsto no código de urbanismo); (ii) de contrato que implique a prática de ato próprio do poder público (ex.: licença de construir); (iii) de contrato sobre a criação de um direito ou obrigação de natureza pública (ex.: obrigação de limpeza de ruas); e ainda indica que, em sua atividade prestacional, a Administração tem o poder de escolher, dentro de certos limites, entre um regime de Direito público ou de Direito privado (e exemplifica com o regime de uma biblioteca municipal); nota, por fim, a dificuldade inerente a casos de objetos neutros quanto ao caráter público ou privado (ex.: obrigação de pagamento em dinheiro), quando há que se perquirir a finalidade da obrigação.

Na sequência, aponta algumas classificações de contratos administrativos: (i) contratos de coordenação (com partes em pé de igualdade, como se passa nos contratos entre Municípios, ou nos contratos entre empresas exploradoras de serviços públicos e entidades públicas responsáveis por aspectos da atividade em questão) e contratos de subordinação (com partes em situação desigual, como os contratos entre a Administração e cidadãos); (ii) contratos criadores de obrigações e contratos decisórios (estes importando modificação em obrigação preexistente, de origem contratual ou legal); e (iii) – esta, classificação extraída da Lei de Processo Administrativo, podendo se aplicar sobre contratos de coordenação ou de subordinação, ainda que a Lei só regulamente estes últimos – contratos de transação (pelo qual se põe fim a incerteza existente, sobre situação de fato ou de direito, implicando concessões recíprocas visando à conciliação de posições; p. ex.: contrato sobre o valor da indenização em desapropriação) e contratos de intercâmbio (criadores de obrigações recíprocas; p. ex.: contrato com sujeito para que, em lugar de ser obrigado, por regras urbanísticas, a fazer pátio de estacionamento, participe financeiramente da construção de um estacionamento público) (Hartmut MAURER, 1994:368/372).

A Lei alemã de Processo Administrativo não trata da execução dos contratos administrativos, limitando-se a declarar, no § 62, “aplicáveis por analogia as disposições do Código Civil” (FROMONT, 2006:317).

De todo modo, nota-se que o regime do contrato administrativo alemão pouco se parece com o do francês: não está em questão a construção de um regime diverso do Direito civil – ou, como quer a maioria, exorbitante e derogatório do Direito civil – e sim a identificação da figura contratual em diversos regimes específicos decorrentes de relações sobre objetos próprios do Direito público.

clareza de distinção. Por vezes, ainda que resguardadas as aparências das rotulagens terminológicas e conceituais, os “distintos” regimes tendem a se assemelhar.

Nesse sentido, após oferecer diversos exemplos, Gaspar ARIÑO ORTIZ (2002:16) conclui que

não obstante a proclamada aplicação do Direito comum aos contratos do Estado no mundo anglosaxão e no mundo germânico [...], a realidade é que estes se têm submetido a um regime jurídico de Direito público, que tem sido elaborado progressivamente e que se aparta do modelo do *Common Law*. Este regime jurídico, que percorre o contrato desde seu nascimento a sua extinção, está feito de privilégios e de sujeições, umas vezes mais e outras menos; isto é, de Direito administrativo.³⁴¹

Aliás, o fenômeno não é tão novo. Georges LANGROD (1955:326) já o notava na década de 1950³⁴².

49. Consequências do Direito europeu. A tendência de convergência dos *modelos* pode estar sendo reforçada, presentemente, pelo fenômeno comunitário no âmbito da União Europeia, mediante a adoção de uma legislação unificada³⁴³.

341 “No obstante la proclamada aplicación del Derecho común a los contratos del Estado en el mundo anglosajón y en el mundo germánico [...], la realidad es que éstos se hayan sometidos a un régimen jurídico de Derecho público, que se há ido elaborando progressivamente y que se aparta del modelo del *Common Law*. Este régimen jurídico, que recorre el contrato desde su nacimiento a su extinción, está hecho de privilegios y sujeciones, unas veces en más y otras en menos; esto es, de Derecho administrativo”.

342 Isto após anotar o crescente uso de instrumentos contratuais, nos países da Europa continental, como meios da “moderna ação administrativa”, ao lado de atos unilaterais baseados em autoridade e comando. O autor acrescenta: “Por outro lado, nas comunidades de *common law*, uma progressiva adaptação dos procedimentos contratuais ‘normais’, em resposta às específicas necessidades da atividade administrativa, pode ser observada, tendo-se em vista a proteção do interesse público, mas sem absoluta igualdade das partes contratantes ou a suposição da santidade do contrato, portanto reconciliando esses princípios com o postulado da efetiva administração. [...] Os resultados desse movimento demonstram que, em resposta a essas necessidades do bem estar público, comunidades que ontem eram consideradas opostas entre si, estão-se encontrando num meio termo em certas áreas nas quais as exigências da efetiva administração se fazem sentir com particular intensidade”. (“On the other hand, in common law communities, a progressive adaptation of ‘normal’ contractual procedures, in response to the specific needs of administrative activity, may be observed, having in view the protection of the public interest, but without absolute equality of the contracting parties or the assumption of the sanctity of contract, thus reconciling these principles with the postulate of effective administration. [...] The results of this movement demonstrate that, in response to the needs of the public welfare, communities which yesterday were considered to be opposed to each other, are meeting halfway in particular areas where the exigencies of effective administration make themselves felt with particular intensity”) (Georges LANGROD, 1955:326).

343 O Direito europeu em geral, aí incluído o Direito administrativo europeu, consiste hoje num ordenamento em intensa elaboração, objeto de constantes mudanças, o que torna temerário, para um observador à distância, pretender estudá-lo em maior nível de detalhamento – fato que se aplica a esta tese.

O Direito administrativo europeu consagra ao contrato uma significativa atenção, de modo a, na prática, se haver cunhado a expressão “Direito Europeu dos Contratos Públicos”, o qual seria assentado “num conjunto de princípios fundamentais – consagrados, pela primeira vez, no Tratado de Roma e já longamente trabalhados pela jurisprudência comunitária – e numa série de Diretivas e Regulamentos comunitários” (Maria João ESTORNINHO, 2006:21/22).

Desde o início, o regime comunitário da contratação pública visava essencialmente a favorecer a concretização do “mercado único”, previsto pelo Tratado de Roma, com base nos princípios da liberdade de circulação e da concorrência (Maria João ESTORNINHO, 2006:25).

Também destacando o “grande objetivo comunitário” do mercado comum, Cláudia VIANA (2007:25) ressalta o reconhecimento, pelas autoridades europeias, da relevância dos contratos públicos para esse mister. Lembra ainda (2007:111 e segs.) “o princípio da igualdade como princípio estruturante do regime jurídico da contratação pública”, do qual decorrem, entre outras, as regras que impõem o procedimento competitivo para escolha dos contratantes, a necessidade de prévia fixação das “regras do jogo”, a avaliação objetiva das propostas e a proibição da discriminação em razão da nacionalidade.

Dado o foco no funcionamento do livre mercado, o Direito administrativo europeu vê diluída a relação “autoridade-liberdade”, voltando-se ao desenvolvimento de instrumentos propícios à mediação de uma pluralidade de interesses públicos e privados (Bernardo Giorgio MATTARELLA, 2006:922).

A partir de um início mais “neutro” do Direito europeu – deixando ao Direito interno dos Estados a definição de um regime jurídico substantivo dos contratos públicos – verifica-se uma evolução que, segundo Maria João ESTORNINHO (2006:37/44), possui três “linhas de força”: (i) inicialmente, desde os anos 60, a preocupação era fundamentalmente estabelecer-se um regramento mínimo para garantir as liberdades e os princípios reconhecidos nos Tratados visando à concorrência no mercado único; (ii) segue-se uma fase *de aprofundamento e diversificação*, a partir da década de 80, com vistas a três principais objetivos, quais sejam, maior transparência nos procedimentos adjudicatórios, introdução de mecanismos recursais com supervisão da Comissão e extensão do regime comunitário a setores inicialmente excluídos, em

Para uma análise do fenômeno, na perspectiva do Direito administrativo em geral, ver Fausto de QUADROS (2004) e, do mesmo autor, (2001).

Para a perspectiva de um “Direito administrativo global”, ver Sabino CASSESE (2005).

especial o da prestação de serviços; (iii) chegando a um movimento de *codificação*, na década de 90, por meio da refusão de Diretivas.

Entretanto, no plano do Direito europeu dos contratos da Administração, ainda que se acelerem, como apontado, convergências entre *modelos* originários de Direitos nacionais, tais convergências dão-se mais quanto a aspectos da *contratação* e dos procedimentos que a antecedem, do que propriamente quanto ao regime dos *contratos*³⁴⁴.

Nesse contexto, em linhas gerais, a doutrina francesa atual, em matéria de contratos administrativos, tem observado que os princípios do modelo francês em grande medida são compatíveis com o Direito comunitário; ou, na outra mão, que o Direito comunitário não tem impedido, no âmbito nacional francês, a persistência do modelo.

Franck MODERNE, reiterando que o Direito comunitário possui como temática central “a abertura ampla e leal à concorrência dos licitadores”³⁴⁵, observa que “a definição da contratação pública, no nível europeu, não se diferencia muito da definição inicial, de raiz francesa” (2004:232/233)³⁴⁶.

De todo modo, essa compatibilidade em termos de princípios e valores não significa dizer que o Direito comunitário adote, em termos de um regime jurídico específico, uma figura como a do contrato administrativo francês, o

344 Ver tópico 58 quanto a esta distinção.

O tema das contratações governamentais – usualmente tratadas sob a rubrica “compras governamentais” na linguagem das negociações diplomáticas – também é objeto de discussões em projetos de integração, que incluem o Brasil. De modo semelhante ao que se passa com a União Europeia, também nesses outros casos se dá muito mais atenção aos procedimentos de contratação, com vistas a garantir os princípios inerentes a um livre mercado, do que propriamente ao regime dos contratos. Todavia, o estágio da institucionalização desses outros projetos é bastante mais incipiente do que o da União Europeia – tal consideração vale para o MERCOSUL e, com muito mais intensidade, para a ALCA. Sobre o caso das contratações públicas no âmbito do MERCOSUL, ver, entre outros, Jorge A. SÁENZ (2004); e, no âmbito das rodadas de negociação então realizadas visando à institucionalização da ALCA, ver Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA (2003).

345 Temática que, mais recentemente vem sendo tratada nas normativas europeias em três sentidos principais: simplificação de procedimentos (conforme valores envolvidos), flexibilização (quanto a exigências de especificações técnicas e quanto ao procedimento de negociação) e atualização (referente a elementos tecnológicos e “aspectos sociais”) (Franck MODERNE, 2004:240/247). O autor está a comentar as Diretivas ns. 17 e 18/2004, do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, ainda em vigor, mas com alterações posteriores. As versões consolidadas estão disponíveis em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2004L0017:20090101:PT:PDF>> e em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2004L0018:20090101:PT:PDF>>.

346 Jean-Bernard AUBY (1996:190), a seu turno, afirma a compatibilidade ideológica entre o Direito administrativo francês e o Direito comunitário, destacando as influências recíprocas de um sobre o outro.

Num plano de análise mais geral, Marcel POCHARD (2007:16) estuda a influência do Direito “continental” (destacando o francês), do sistema romano-germânico, sobre o Direito europeu.

que se explica, segundo Maria João ESTORNINHO (2006:24), tanto pelo fato de naturalmente as regras comunitárias aspirarem, de início, a estabelecer “um mero *mínimo denominador comum*”, como pela diversidade de circunstâncias históricas nas quais agora se elabora o Direito europeu e nas quais se deu a criação jurisprudencial da noção de contrato administrativo na França.

A verificação do texto das Diretivas ns. 17 e 18, de 2004³⁴⁷, do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, permite constatar que tratam quase que integralmente de regras sobre o procedimento de escolha do parceiro contratual, além de definições formais sobre os contratos envolvidos (pelo aspecto de seu objeto, mas não de seu regime) e de regras sobre os compromissos decorrentes das Diretivas para os Estados-Membros da União Europeia.

No tocante ao regime de execução dos contratos, ambas as Diretivas possuem, laconicamente, um artigo intitulado “condições de execução do contrato”, dispondo que “as entidades adjudicantes podem fixar condições especiais de execução do contrato desde que as mesmas sejam compatíveis com o direito comunitário e sejam indicadas no anúncio utilizado como meio de abertura de concurso ou no caderno de encargos. As condições de execução de um contrato podem visar considerações de índole social e ambiental” (Diretiva n. 17, art. 38 – o texto do art. 26 da Diretiva n. 18 é muito semelhante).

50. Modelo francês. Isto posto, prossiga-se com a análise das notas principais do regime jurídico específico do contrato administrativo, no modelo francês³⁴⁸, conforme posição consolidada ao longo do século XX, em torno da ideia de um contrato dotado de especificidades de Direito público, a caracterizar um regime próprio, dito “derrogatório” do Direito privado, por prever para a Administração, enquanto parte contratante, prerrogativas de ação unilateral não extensíveis à parte privada.

Os livros de curso de Direito administrativo, nos capítulos sobre contratos administrativos, ou os manuais específicos sobre a matéria³⁴⁹, basicamente

347 Em sua versão consolidada em 10 de maio de 2010, conforme divulgadas no sítio de *internet* indicado na nota anterior. Elas tratam dos “processos de adjudicação” dos contratos de fornecimento, de empreitada de obras e de serviços, e ainda de concessão de obras e concessão de serviços, nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais (Diretiva n. 17); e dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços (Diretiva n. 18).

348 Não se pretende aprofundar o estudo dos outros modelos, posto que menos adequados à comparação com o caso brasileiro.

349 Entre outros, ver Jacqueline MORAND-DEVILLER (2009:457 e ss.); Georges DUPUIS *et al.* (2007:420 e ss.); Laurent RICHER (2006:89 e ss.); Jean RIVERO e Jean WALINE (2006:375 e ss.); Charles DEBBASCH e Frédéric COLIN (2004:461 e ss.); Christophe GUETTIER (2004:53

apresentam os mesmos dois grandes blocos de questões: de um lado, os critérios empregados pelo Conselho de Estado para identificar um contrato administrativo, por oposição a um contrato de direito privado da Administração, sendo o primeiro submetido à jurisdição administrativa; de outro, o estudo do regime jurídico específico do contrato administrativo, do qual se destacam as peculiaridades inerentes às ditas cláusulas exorbitantes em sua execução³⁵⁰.

Verifique-se, sucintamente, o tratamento desses dois blocos no Direito francês atual.

Em primeiro lugar, cuide-se dos critérios para identificação do contrato administrativo.

Na França, como já visto, a necessidade dessa identificação atende não apenas a uma questão de cunho teórico-doutrinário, mas sobretudo a uma necessidade de definição da jurisdição competente.

E tal identificação não é algo evidente *per se*, posto que não basta tratar-se de um contrato celebrado pela Administração³⁵¹. De fato, quando não houver *a priori* disposição expressa a respeito na lei, ou quando o caso não se enquadrar em uma hipótese definida jurisprudencialmente quanto à incidência necessária de um ou outro regime, a Administração pode optar³⁵² por “utilizar pura e simplesmente o quadro jurídico que lhe é oferecido pelo Código Civil ou, ao contrário, posicionar-se sob um regime jurídico específico” (Georges VEDEL e Pierre DELVOLVÉ, 1990:371).

Desta afirmação, já se percebe que na França os critérios de identificação do contrato administrativo são de duas ordens: critérios legais e critérios jurisprudenciais.

e ss.); Yves GAUDEMET (2001:663 e ss.); René CHAPUS (2000:533 e ss.); Georges VEDEL e Pierre DELVOLVÉ (1990:369 e ss.).

350 Por certo, em matéria contratual muito haveria que se observar quanto a aspectos inerentes à formalização dos contratos – p. ex.: procedimento de escolha do parceiro contratual, formas da manifestação da vontade, elementos formais necessários no instrumento contratual –, mas tais aspectos dizem respeito menos ao contrato em si, do que à ação de contratar. Daí porque não se dedicar maior atenção a este ponto, em face dos objetivos desta tese. Também pelos objetivos desta tese, não seria ela a sede adequada de estudo mais aprofundado sobre aspectos detalhados do regime dos contratos, não essenciais para a caracterização do “contrato administrativo”. Esta observação vale para este tópico sobre o Direito francês e para os demais que se seguem.

351 Alguns autores valem-se, para designar o conjunto dos contratos celebrados pela Administração, da expressão “contratos públicos”, tomando-a de empréstimo do Direito europeu. Veja-se, nesse sentido, François LICHÈRE (2005:6/7), que, todavia, admite que a noção de contrato público não tem consistência no Direito positivo francês.

352 Neste panorama, Francis-Paul BÉNOIT (1968:600/602) se refere a contratos administrativos por vontade do legislador; ou por vontade da jurisdição; ou por vontade das partes.

São exemplos³⁵³ de contratos ditos por força de lei³⁵⁴ como “administrativos”, e portanto submetidos à jurisdição administrativa, independentemente de conterem elementos do regime privado: os contratos de obras públicas (Lei de 28 *pluviôse* ano VIII); contratos sobre ocupação de bens do domínio público (Código Geral da Propriedade das Pessoas Públicas – CGPPP); contratos celebrados por aplicação do Código dos *Marchés* Públicos (por força da Lei de 11 de dezembro de 2001); delegações de serviços públicos³⁵⁵ (por força da mesma Lei de 11 de dezembro de 2001). Nesses casos, nem se fazem necessários os critérios jurisprudenciais.

Mais complexo é o estudo dos critérios elaborados jurisprudencialmente³⁵⁶, os quais podem ser agrupados em critérios que levam em conta: (i) as cláusulas do contrato: a presença de “cláusulas exorbitantes”; ou (ii) seu objeto: sua relação com um serviço público³⁵⁷. Já se fez referência³⁵⁸ aos principais julgados que firmaram tais critérios; e também que³⁵⁹, “após haver hesitado” sobre a necessidade da cumulação dos dois critérios, ou sua alternatividade, “a jurisprudência se pronunciou em favor da segunda solução” (Jacqueline MORAND-DEVILLER, 2009:467).

Os critérios do serviço público e das cláusulas exorbitantes são ditos *materiais*. Ao lado deles há também o critério *orgânico*³⁶⁰, o qual diz respeito à pre-

353 Ver, entre outros, Laurent RICHER (2006:109/114) e Charles DEBBASCH e Frédéric COLIN (2004:465).

354 Aliás, sobre a discussão, com base na jurisprudência do Conselho de Estado e do Conselho Constitucional, do caráter legal ou regulamentar do Direito dos contratos administrativos, ver Yves GAUDEMET (2004a).

355 Jacqueline MORAND-DEVILLER (2009:475) esclarece que não se trata de um tipo contratual específico, mas de uma noção que abrange diversos tipos de contratos como a concessão (de uso de bem público, de obras públicas ou de serviços públicos), o *affermage* (semelhante ao arrendamento) e a *régie intéressée* (espécie de delegação da gestão de um serviço público previamente estabelecido pela pessoa da Administração, remunerada pela Administração, mediante a fixação de um valor básico e de uma parcela variável vinculada a resultados).

356 É tema que toma longas páginas de discussão dos autores franceses. A propósito, ver, entre outros, Jacqueline MORAND-DEVILLER (2009:467 e ss.); Georges DUPUIS *et al.* (2007:428 e ss.); Laurent RICHER (2006:91 e ss.); Jean RIVERO e Jean WALINE (2006:383 e ss.); Charles DEBBASCH e Frédéric COLIN (2004:468 e ss.); Christophe GUETTIER (2004:90 e ss.); Yves GAUDEMET (2001:678 e ss.); René CHAPUS (2000:538 e ss.); Georges VEDEL e Pierre DELVOLVÉ (1990:382 e ss.). Esta tese traz apenas breve resumo, para que se compreendam em linhas gerais os temas de atenção do Conselho de Estado visando a caracterizar substancialmente o contrato administrativo. Não é o caso de se descer a sutilezas da jurisprudência francesa, as quais não teriam aplicação nem ao Direito brasileiro, nem a um raciocínio de teoria geral.

357 Aqui em um sentido mais amplo de “atividades próprias da Administração”, e não no sentido mais restrito que comumente os autores brasileiros utilizam.

358 Ver tópico 38.

359 *Arrêt Époux Bertin*.

360 Especificamente sobre o tema, François LICHÈRE (2002).

sença de pessoas públicas dentre as partes do contrato³⁶¹ (Georges VEDEL e Pierre DELVOLVÉ, 1990:374 e 382).

Analisando a jurisprudência do Conselho de Estado a respeito do critério orgânico, Georges VEDEL e Pierre DELVOLVÉ (1990:375) o sintetizam em três proposições: a) em regra, um contrato administrativo exige que ao menos uma das partes contratantes seja uma pessoa pública; b) excepcionalmente, os contratos concluídos entre pessoas privadas podem ser administrativos; e c) contratos cujas partes sejam exclusivamente pessoas públicas são normalmente contratos administrativos.

Dessas proposições, percebe-se que o critério orgânico não é definitivo: o fato de uma pessoa pública ser parte em um contrato em regra indica tratar-se de um contrato administrativo, mas fante podem existir casos em que há a presença de uma pessoa pública (ou mesmo casos em que todas as partes sejam públicas) e o contrato não seja administrativo; como pode haver casos de contratos administrativos entre pessoas privadas. Daí porque apontar-se ser a condição relativa às partes “necessária, mas não suficiente” (Jean RIVERO e Jean WALINE, 2006:383). E, de rigor, pode-se dizer que esse “necessária” deve ser entendido como “em regra, necessária”, impondo-se, de resto, o recurso ao critério das cláusulas exorbitantes, ou do serviço público.

A possibilidade excepcional de que contratos administrativos sejam celebrados tendo apenas pessoas privadas como partes decorre de alguns julgados do Conselho de Estado, admitindo que uma dessas pessoas tenha agido “por conta” da Administração³⁶².

361 Charles EISENMANN (1983:366, 501 e 519) faz pertinente ressalva quanto a esse ponto, para apartar, dentro do que normalmente a doutrina chama de “contratos administrativos”, os que caracterizam “atos puramente administrativos”, que são os acordos entre pessoas administrativas – p. ex.: entre “o Estado e um departamento ou uma comuna, dois departamentos, duas comunas” – e os que, na verdade, são “atos mistos” (“*mi-administratifs, mi-privés*”). Teorias normalmente tidas como fundamentais para a matéria de “contratos administrativos”, como a teoria da mutabilidade e a teoria da imprevisão são aplicáveis aos “atos mistos”, mas não aos “atos puramente administrativos”.

362 Tal se passou no *arrêt Entreprise Peyrot*, de 8 de julho de 1963, quando o Tribunal de Conflitos considerou como administrativo o contrato (*marché*) de obras celebrado com um particular por uma sociedade de economia mista concessionária da construção e exploração de uma rodovia. Este entendimento foi estendido para o caso de uma concessionária privada, no *arrêt Société des Autoroutes de la Région Rhône-Alpes*, do Conselho de Estado, de 3 de março de 1989, além de, em outros casos, para contratos diversos do de obras (ex.: locação) (Laurent RICHER, 2006:125).

Segundo René CHAPUS (2000:558), nesses casos a empresa contratante não agiria como mandatária, nem mesmo por um mandato implícito, o que, se porventura fosse configurado, não caracterizaria uma exceção à regra, posto que ainda teria sido a pessoa pública mandante, em última análise, a determinar a celebração do contrato.

No mesmo sentido, François LICHÈRE (2005:21) observa que “certos autores” explicam essa

Para além desses casos, da ação “por conta” da Administração, Laurent RICHER (2006:129) lembra mais uma exceção, esta de origem legislativa, à regra da presença de uma parte pública no contrato administrativo: o contrato que envolva ocupação de bem de domínio público, celebrado por um concessionário privado com outra pessoa privada, previsto no Código Geral da Propriedade das Pessoas Públicas (*CGPPP*). E lembra também um caso “marginal”, não muito claramente posto pela jurisprudência, que é o da transformação de uma pessoa pública em pessoa privada, a qual prossegue como parte em eventuais contratos administrativos em curso, celebrados pela pessoa original.

E quanto ao caso de um contrato celebrado entre duas pessoas públicas ser considerado de direito privado, trata-se de exceção à regra segundo o princípio enunciado pelo Tribunal de Conflitos no *arrêt UAP*, de 21 de março de 1983: “um contrato entre duas pessoas públicas reveste-se em princípio de um caráter administrativo... salvo no caso em que, face a seu objeto, ele dê origem entre as partes apenas a relações de direito privado”, de que seriam exemplos “contratos ligados à gestão do *domínio privado* e contratos devendo ser encarados como comerciais”³⁶³ (Laurent RICHER, 2006:130/131). René CHAPUS (2000:536) aponta serem claros exemplos de contratos privados os contratos de fornecimento de eletricidade e gás por pessoas públicas encarregadas desses serviços a outras pessoas públicas na posição de seus usuários.

De todo modo, analisando outros julgados, Laurent RICHER (2006:131) conclui que o princípio afirmado no *arrêt UAP* tem um “alcance limitado, pois não dispensa que se faça a aplicação de outros critérios, aí incluído o da cláusula exorbitante”.

Em segundo lugar, trate-se do regime jurídico específico do contrato administrativo, cuja característica essencial é a presença das prerrogativas da administração, estabelecidas pela jurisprudência e mesmo progressivamente incorporadas por textos legislativos.

A síntese de Jean RIVERO e Jean WALINE (2006:385) sobre esse ponto é bem precisa: são duas as direções em que o regime do contrato admi-

jurisprudência pela noção de mandato, mas posiciona-se afirmando que as consequências a que chegou o julgador nesses casos não nascem de uma relação de representação. Segundo seu modo de ver, nesses casos “pode-se talvez” vislumbrar a “vontade do juiz administrativo de não perder sua competência nas hipóteses nas quais a pessoa pública aja pelo intermédio de uma pessoa privada em relação à qual ela tenha o comando”. Assim, o juiz aplicaria nesses casos “a teoria da transparência das instituições”.

363 Sobre o tema, ver Franck MODERNE (1984).

nistrativo se distingue do contrato de Direito privado, em que pese tome emprestado deste vários traços:

- a) o contrato privado resulta do encontro de duas vontades juridicamente iguais (mesmo que decorrentes de uma situação de desigualdade de fato entre as partes) e essa igualdade teórica se encontra também na execução e na formação do contrato; a seu turno, no contrato administrativo a pessoa pública tem certo número de prerrogativas ligadas à primazia do interesse geral, o que lhe confere posição de superioridade em relação à outra parte, superioridade que se afirma na *decisão executória*³⁶⁴;
- b) o contrato privado aproxima duas vontades autônomas, livres para escolher, no quadro da lei, os fins e as modalidades do seu acordo; já a vontade da Administração nunca é inteiramente livre, nem pode valer-se do procedimento contratual para lidar com suas atribuições ligadas à soberania do Estado.

E concluem: “o regime dos contratos administrativos derroga pois o direito comum dos contratos ao mesmo tempo pelas *prerrogativas* que consagra em benefício da administração, e pelas *sujeições* que lhe impõe, umas e outras encontrando seu princípio no interesse geral”³⁶⁵ (Jean RIVERO e Jean WALINE, 2006:386).

Sobre o regime de prerrogativas da administração, Georges VEDEL e Pierre DELVOLVÉ esclarecem-lhe bem o espírito. Os autores invocam, como regra fundamental do direito dos contratos civis e comerciais o art. 1134, do Código Civil – “As convenções legalmente formadas têm força de lei para aqueles que as celebraram”³⁶⁶ –, daí decorrendo o *caráter obrigatório* dos contratos, sua *imutabilidade* (salvo acordo das partes ou imposição legal) e a *igualdade* dos contratantes (que se vinculam igualmente pelo contrato). Em edições anteriores de sua obra, Georges VEDEL chegara a afirmar a inaplicabilidade desta regra aos contratos administrativos; mas, posteriormente entende esta

364 “A *puissance publique*, que se afirma na decisão executória, reaparece no seio do procedimento contratual; há bem acordo de vontades, mas sobre uma base de desigualdade jurídica”. (“La *puissance publique*, qui s'affirme dans la décision exécutoire, reparaît au sein du procédé contractuel; il y a bien accord de volontés, mais sur une base d'inégalité juridique”) (Jean RIVERO e Jean WALINE, 2006:385).

365 “Le régime des contrats administratifs déroge donc au droit commun des contrats à la fois par les *prérogatives* qu'il consacre au profit de l'administration, et par les *sujétions* qu'il lui impose, les unes et les autres trouvant leur principe dans l'intérêt général”.

366 “Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites”.

Para uma análise do tema, em perspectiva de teoria geral, ver Francis-Paul AYNÈS (2004).

afirmação categórica excessiva, reconhecendo que, ainda que a força obrigatória dos contratos administrativos não resulte diretamente do art. 1134 do Código Civil, por serem contratos também a possuem (Georges VEDEL e Pierre DELVOLVÉ, 1990:407/408)³⁶⁷.

Os contratos administrativos possuem a “força obrigatória” com menos rigor, estando a “lei contratual” reduzida ao “equilíbrio financeiro” (Georges VEDEL e Pierre DELVOLVÉ, 1990:408)³⁶⁸.

Tem-se, pois, que o regime especial dos contratos administrativos à francesa, que se mantém até hoje, comporta as ideias de rescisão unilateral do contrato por razões de interesse público, mutabilidade do contrato (por certo, com limites) e desigualdade das partes no tocante a medidas inerentes à execução contratual (basicamente um “direito de direção e controle” e um “direito de sanção”³⁶⁹).

367 Trilhando percurso inverso, mas chegando a conclusão com os mesmos efeitos, Francis-Paul BÉNOIT (1968:617) afirma que o contrato faz lei entre as partes tanto no direito administrativo, como no civil. E para chegar a tal afirmação, prescinde da fundamentação do art. 1134 do Código Civil, até porque, como visto, para Paul BÉNOIT não se pode tratar o Direito civil, a priori, como um Direito comum subsidiário ao administrativo.

368 “A jurisprudência admite que em certos casos a Administração possa desvincular-se de suas obrigações e rescindir unilateralmente o contrato sem culpa do ‘cocontratante’, o que põe em questão o caráter *obrigatório* do contrato; ela permite à Administração modificar de modo substancial as condições de execução do contrato, o que põe em questão sua *imutabilidade*; ela reconhece à Administração privilégios próprios, o que põe em questão a *igualdade* dos contratantes. Sem dúvida ela obriga a Administração a indenizar o ‘cocontratante’ pelas perdas que tenha sofrido ou pelas vantagens de que foi privado. Mas isso importa dizer que a lei contratual está contida no *equilíbrio financeiro*, não tendo as outras estipulações, ao menos no que concerne à Administração, uma força comparável”. (“La jurisprudence admet qu’en certains cas l’Administration peut se délier de ses obligations et résilier unilatéralement le contrat sans faute du cocontractant, ce qui met en cause le caractère *obligatoire* du contrat; elle permet à l’Administration de modifier de façon substantielle les conditions d’exécution du contrat, ce qui met en cause son *immutabilité*; elle reconnaît à l’Administration des privilèges particuliers, ce qui met en cause l’*égalité* des contractants. Sans doute oblige-t-elle l’Administration à indemniser le cocontractant des pertes qu’il subit ou des avantages dont il est privé. Mais ceci revient à dire que la loi contractuelle est enfermée dans l’*équilibre financier*, les autres stipulations n’ayant pas, au moins en ce qui regarde l’Administration, une force comparable”) (Georges VEDEL e Pierre DELVOLVÉ, 1990:408).

369 Nas palavras de Jacqueline MORAND-DEVILLER (2009:486/487), “a todo momento, controles podem ser efetuados para se verificar a boa execução do *marché* ou da delegação. ‘Ordens de serviço’ poderão ser dadas para os serviços administrativos a fim de repararem-se obras defeituosas, eliminar atrasos... Esse poder existe mesmo sem texto, mas é frequentemente previsto nos cadernos de encargos [...]”. “Assim que o ‘cocontratante’ descumpra suas obrigações, diversas sanções lhe podem ser impostas pela Administração”. (“À tout moment, des contrôles peuvent être effectués pour vérifier la bonne exécution du marché ou de la délégation. Des ‘ordres de service’ pourront être donnés afin de réparer les travaux défectueux, de rattraper les retards... Ce pouvoir existe même sans texte, mais il est souvent prévu dans les cahiers des charges [...]”. “Lorsque le cocontractant méconnaît ses obligations, diverses sanctions peuvent lui être infligées par l’administration”).

O mesmo regime comporta ainda um contraponto para essas prerrogativas: a imutabilidade do equilíbrio financeiro do contrato – aqui o sentido de “lei entre as partes” próprio do contrato administrativo³⁷⁰.

Trata-se de um equilíbrio dinâmico³⁷¹, segundo a conhecida construção de Georges PÉQUIGNOT (1953:11³⁷²):

Assim, nos contratos administrativos se estabelece uma *proporção entre as obrigações do 'cocontratante' e sua remuneração*. Se a Administração, na medida em que ela tem o direito, faz variar essas obrigações, automaticamente a remuneração deve variar para *restabelecer o equilíbrio do sistema a fim de que a resultante seja constante*.

É esse fenômeno que se designa equação financeira ou equilíbrio financeiro do contrato.

O equilíbrio do contrato de direito privado é estático e do tipo $a=b$. Se uma das partes no contrato de direito privado descumpre suas obrigações, ela comete uma falta, o sistema contratual está irremediavelmente rompido.

O equilíbrio do contrato administrativo é dinâmico e do tipo $a/b = a'/b'$. Se a Administração substitui uma obrigação a' à obrigação original, a remuneração de seu 'cocontratante' que era b na origem tornar-se-á b' , e o sistema contratual, assim reequilibrado, será mantido.³⁷³

370 Conforme sintetiza Jacqueline MORAND-DEVILLER (2009:492): “Mais genericamente o direito administrativo desenvolveu um sistema fundado sobre uma regra introduzida por León Blum em suas conclusões em CE [Conselho de Estado], 11 de março de 1910, [caso] ‘*Compagnie générale des tramways*’ [...], aquela da ‘*equação financeira*’ do contrato, ou da ‘*equivalência honesta das prestações*’. Trata-se, de todo modo, de uma responsabilidade contratual sem culpa, a administração se ela põe em questão, por uma decisão lícita, o equilíbrio financeiro do contrato ao qual o ‘cocontratante’ tem direito, deve por meio de uma indenização compensar o novo encargo. Os fatos exteriores ao contrato, tendo ocasionado uma alteração em suas condições de execução podem também justificar a ajuda financeira da administração”. (“Plus généralement le droit administratif a développé un système original fondé sur une règle dégagée par Léon Blum dans ses conclusions sous CE, 11 mars 1910, ‘*Compagnie générale des tramways*’ [...], celle de ‘*l’équation financière*’ du contrat, ou de ‘*l’équivalence honnête des prestations*’. Il s’agit, en quelque sorte, d’une responsabilité contractuelle sans faute, l’administration si elle remet en cause, par une décision licite, l’équilibre financier du contrat auquel le cocontractant a droit, doit par l’octroi d’une indemnité compenser la charge nouvelle. Les faits extérieurs au contrat, ayant entraîné un bouleversement dans ses conditions d’exécution peuvent aussi justifier l’aide financière de l’administration”).

371 Objeto, no Brasil, de análise na célebre tese de cátedra *O Equilíbrio Financeiro na Concessão de Serviço Público*, apresentada por Caio TÁCITO em 1960 (editada em 1997a:199 e ss.)

372 É a página 11 do fascículo 511, cujo extrato integra a obra citada.

373 “Ainsi, dans les contrats administratifs s’établit une *proportion entre les obligations du cocontractant et sa rémunération*. Si l’Administration, dans la mesure où elle en a le droit, fait varier ces obligations, automatiquement le *rémunération* doit varier pour *rétablir l’équilibre* du système afin que la *résultante soit constante*.” “C’est ce phénomène que l’on désigne par

Georges PÉQUIGNOT (1953:11) ainda observa que a força obrigatória do contrato se transporta, ao menos em parte, do texto estrito das estipulações para a *expressão econômica* destas. Deste modo, o que a Administração não pode modificar unilateralmente é o equilíbrio a que visa a outra parte contratante.

51. **Crítica de BÉNOIT em face do Direito positivo francês.** Entretanto, como voz divergente na doutrina francesa, Francis-Paul BÉNOIT nega a regra de que a Administração possa francamente alterar os termos do contrato desde que respeite o equilíbrio financeiro.

BÉNOIT (1968:592/593) admite que o “contrato administrativo não cria um conjunto de relações definitivamente petrificadas, mas que antes organiza relações vivas de cooperação entre a Administração e seu ‘cocontratante’”.

Porém, indo além, BÉNOIT (1968:655/659) nega – discordando da doutrina em geral³⁷⁴ – que exista, no regime de direito positivo francês do contrato administrativo, o “poder de modificação unilateral” de suas estipulações pela Administração³⁷⁵.

Nesse sentido, interpretando a decisão do Conselho de Estado – *arrêt Compagnie Générale Française de Tramways*³⁷⁶ – que dá origem à teoria do equilíbrio financeiro do contrato, BÉNOIT (1968:657) sustenta que nesse caso não se afirmou um “poder de natureza contratual” de alteração unilateral do contrato, mas sim uma necessidade de reequilíbrio da equação financeira por força de um “fato do príncipe perfeitamente caracterizado”: alteração de horários no serviço de bondes, feita com base numa competência de polícia administrativa (e não numa ação da Administração como parte no contrato)³⁷⁷.

équation financière ou équilibre financier du contrat. [...] “L'équilibre du contrat de droit privé est statique et du type $a = b$. Si l'une des parties à un contrat de droit privé méconnaît ses obligations, elle commet une faute, le système contractuel est irrémédiablement rompu.” “L'équilibre du contrat administratif est dynamique et du type $a/b = a'/b'$. Si l'Administration substitue une obligation a' à l'obligation originaire, la rémunération de son cocontractant qui était b à l'origine deviendra b' , et le système contractuel, ainsi rééquilibré, sera maintenu”.

374 Cita, como defensores da tese oposta, Georges PEQUIGNOT, Jean WALINE, Jean RIVERO e, mais discretamente, Georges VEDEL e André de LAUBADÈRE.

375 No entanto, Francis-Paul BÉNOIT aceita como próprias do regime do contrato administrativo francês outras prerrogativas da Administração como o poder de controle e o poder de rescisão unilateral (1968:644 e 661).

376 Ver tópico 38. Aliás, Francis-Paul BÉNOIT indica como origem do equívoco doutrinário na matéria interpretações feitas por Gaston JÈZE e Maurice HAURIOU quanto a esse *arrêt*.

377 No mesmo sentido, ainda que sem expor a polêmica da negativa do poder unilateral de modificação das cláusulas contratuais, Caio TÁCITO (1992:93), em estudo específico, analisando o mesmo *arrêt Compagnie Générale Française de Tramways*, afirma: “o equilíbrio financeiro nos contratos administrativos tornou-se, assim, princípio geral de direito que harmoniza

Por outro lado, admite sim que a Administração, como senhora das obras públicas, possa determinar uma alteração técnica na execução da obra (BÉNOIT, 1968:649), em se tratando dos respectivos *marchés*. Também admite que, nas concessões de serviços públicos, a Administração possa criar novos serviços, mas não impor sua execução no âmbito de um contrato previamente celebrado³⁷⁸ (BÉNOIT, 1968:655).

Todavia, fundamenta essas possibilidades não no regime dos contratos administrativos e sim em sua competência para definir as obras e os serviços públicos (BÉNOIT, 1968:651 e 655).

Conclui então que “o acordo de vontades, base do contrato, é inconciliável com a noção de modificação unilateral” (BÉNOIT, 1968:659).

Enfim, importa menos para a sustentação desta tese adotar uma posição quanto à melhor interpretação do Direito positivo francês, endossando o pensamento de um ou de outros autores.

E mesmo quanto ao Brasil, no momento atual, como adiante se vai verificar, questão análoga nem se poria, ao menos não no plano do Direito positivo. Com efeito, a lei brasileira admite, como inerente ao regime do contrato, a possibilidade de sua alteração unilateral pela Administração, em certos limites.

De todo modo, é relevante tomar as ponderações de Francis-Paul BÉNOIT como uma pertinente crítica, também aplicável em termos de política legislativa.

52. Crítica de DUGUIT no plano da teoria geral do Direito. Sobre a matéria específica dos contratos administrativos, DUGUIT possui uma posição bastante peculiar. Neste passo, a posição do fundador da Escola do Serviço Público mantém-se diversa daquela tornada célebre por outro de seus mais notórios membros – JÈZE.

Tratando especificamente dos “contratos do Estado”, DUGUIT (1938:433) recorda, de início, o que afirmara sobre a distinção entre “contrato” propriamente dito e “união”³⁷⁹ – caso este, da união, em que enquadra, por exemplo, as cláusulas regulamentares da concessão de serviços públicos³⁸⁰.

a alteração das obrigações em benefício do interesse público mediante o chamado ato do príncipe; com o direito da justa remuneração do empresário particular, que colabora com a Administração Pública”.

378 Nesse sentido, cita o *arrêt Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen* (ver tópico 38).

379 Ver tópico 23.

380 Com efeito, DUGUIT admite a alteração unilateral, por parte da Administração, das condições de exploração de um serviço concedido. Mas não considera que se cuide de um contrato. Ver tópico 92.

Concentrando, então, suas considerações sobre o contrato, DUGUIT produz severa crítica à teoria do contrato administrativo.

De fato, antes de se ater à questão de interpretação do Direito positivo quanto à possibilidade de modificação unilateral, pela Administração, das cláusulas contratuais, a crítica de DUGUIT situa-se no plano da teoria geral. O seguinte trecho contém a síntese de seu pensamento:

Mas se ninguém hoje nega o caráter obrigatório dos contratos feitos pelo Estado, existe uma doutrina falsa e perigosa, que subsiste com uma persistência lamentável. É aquela que distingue os contratos feitos pelo Estado em duas categorias: os contratos de direito privado e os contratos de direito público. [...] Ela não responde a nada e tem o risco de conduzir a consequências lamentáveis. O contrato é uma certa categoria jurídica, e se os elementos que o constituem se encontram reunidos, ele sempre existirá com o mesmo caráter e as mesmas consequências. [...]

Falar de contrato de direito privado e de contrato de direito público é falar de coisas que não existem; e, por consequência, não se os pode opor, não mais e pelas mesmas razões que não se pode falar de atos de gestão e de atos de autoridade e os opor uns aos outros. Há contratos celebrados pelo Estado e atos praticados por ele que não são contratos. Mas opor os contratos de direito público aos contratos de direito privado é dar uma aparência jurídica aos procedimentos mais ou menos hábeis pelos quais os detentores do poder tendem frequentemente a se eximir de compromissos regularmente estabelecidos. Deve-se pois, de uma vez por todas, banir da linguagem do direito essa expressão contrato de direito privado e de direito público e falar somente em contrato.³⁸¹

381 "Mais si personne ne nie aujourd'hui le caractère obligatoire des contrats faits par l'État, il y a une doctrine fautive et dangereuse qui subsiste avec une persistance regrettable. C'est celle qui distingue les contrats faits par l'État en deux catégories: les contrats de droit privé et les contrats de droit public. [...] Elle ne répond à rien et risque de conduire à des conséquences regrettables. Le contrat est une certaine catégorie juridique, et si les éléments qui le constituent se trouvent réunis, il existe toujours avec le même caractère et les mêmes conséquences. [...]". "Parler de contrat de droit privé et de contrat de droit public c'est parler de choses qui n'existent pas; et, par conséquent, on ne peut pas les opposer, pas plus et pour les mêmes raisons qu'on ne peut parler d'actes de gestion et d'actes d'autorité et les opposer les uns aux autres. Il y a des contrats passés par l'État et des actes faits par lui qui ne sont pas des contrats. Mais opposer les contrats de droit public aux contrats de droit privé, c'est donner une apparence juridique aux procédés plus ou moins habiles par lesquels les détenteurs du pouvoir tendent fréquemment à se soustraire à des engagements régulièrement pris. Il faut donc, une fois pour toutes, bannir de la langue du droit cette expression de contrat de droit privé et de droit public et parler seulement de contrat" (DUGUIT, 1938:434/435).

DUGUIT (1938:436) reconhece que alguns Direitos, como o francês, podem distinguir espécies de contratos para o fim de definição de competência de jurisdição (administrativa ou judiciária). Mas afirma que isso não muda a natureza do contrato: "Os contratos celebrados pelo Estado podem ser feitos em vista de fins diversos; o Estado não persegue os mesmos fins que os particulares.

Dessa tomada de posição teórica, concebendo o contrato como uma categoria jurídica com tratamento unitário em Direito, decorre, para DUGUIT (1938:437), que, uma vez celebrado um verdadeiro contrato, a Administração contratante não o possa modificar por ato unilateral. E esse mesmo impedimento vale para atos (de caráter individual) de origem legislativa³⁸² ou jurisdicional.

Isso não depende do fim a que visa a Administração ao celebrar o contrato: ainda que se trate de assegurar o funcionamento de um serviço público, “pouco importa, há um contrato; todas as consequências que daí decorrem devem se aplicar” (DUGUIT, 1938:436).

Percebe-se, nessa última citação, a diferença essencial entre a visão de DUGUIT e a de JÈZE: enquanto para JÈZE a invocação do serviço público³⁸³ justifica o regime especial dos contratos administrativos, para DUGUIT esse elemento não modifica a essência do contrato (enquanto “categoria jurídica”) e todas as consequências daí decorrentes.

Por certo a análise de DUGUIT situa-se num plano teórico, não correspondendo a uma constatação de como as coisas se passavam no Direito positivo, então vigente na França. Assim sendo, evidentemente não podem ser simplesmente transpostas para considerações dogmáticas sobre o Direito hoje vigente no Brasil.

De todo modo, possuem grande solidez teórica e de forte sentido de atualidade em termos de uma crítica de política legislativa.

53. Influência do modelo francês sobre o Direito português. Como adiantado no início desta Seção, o modelo de regime de contrato administrativo consolidado na França encontra aplicação, em linhas gerais, com maior ou menor fidelidade, em diversos outros países.

O Direito português segue de perto o modelo francês. Diogo FREITAS DO AMARAL (2006:503) é expresso ao afirmar: “Assim nasceu, em Fran-

Os tribunais competentes para os processos que nascem dos diversos contratos não são os mesmos. Pouco importa; se há contrato, a situação jurídica é sempre a mesma; a via de direito que a ela se liga tem sempre a mesma natureza. Toda outra solução conduz ao arbitrário e à incoerência”. (“Les contrats conclus par l’État peuvent être faits en vue de buts divers; l’État ne poursuit pas les mêmes fins que les particuliers. Les tribunaux compétents pour les procès qui naissent des divers contrats ne sont pas les mêmes. Peu importe; s’il y a contrat, la situation juridique est toujours la même; la voie de droit qui s’y rattache a toujours la même nature. Toute autre solution conduit à l’arbitraire et à l’incohérence”) (DUGUIT:1938:437).

382 Diversa é a consequência do ato legislativo de caráter geral, de que DUGUIT (1938:439 e ss.) trata ao desenvolver considerações sobre a teoria da imprevisão.

383 No sentido mais amplo, próprio das ideias da Escola do Serviço Público, e que poderia, em termos atuais, quase ser substituído pelo interesse público inerente a todas as atividades do Estado.

ça, de onde se espalhou para vários outros países europeus (especialmente Portugal e Espanha) e também sul-americanos [e cita, em nota, o Brasil], a *teoria dos contratos administrativos*, que passou a constituir uma das travesmestras do edifício do Direito Administrativo nos países onde vigora um sistema de administração executiva, ou de tipo francês”.

Isso se dá, em grande medida porque, ao adotar o sistema de jurisdição administrativa, Portugal enfrenta, além das pertinentes questões no plano teórico, o aspecto prático da definição das competências das “Justiças”.

No entanto, diversamente da dinâmica francesa, o legislador português de início chamou a si a tarefa de identificar os contratos administrativos.

Primeiro, enumerou-os, em espécie, taxativamente – assim se passou com o Código Administrativo de 1940, art. 815, § 2º: “Consideram-se contratos administrativos unicamente os contratos de empreitada e de concessão de obras públicas, os de concessão de serviços públicos e os de fornecimento contínuo e de prestação de serviços celebrados entre a administração e particulares para fins de imediata utilidade pública” – o que recebia críticas da doutrina (Diogo FREITAS DO AMARAL, 2006:509/512; José Manuel SÉRVULO CORREIA, 2003:355) e não impediu a alteração do rol por leis posteriores.

Depois, ofereceu-lhe definição material – o art. 9º do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (Decreto-lei n. 129/84) considerava contratos administrativos, “para efeitos de competência contenciosa”, os acordos de vontades pelos quais é “constituída, modificada ou extinta uma relação jurídica de direito administrativo”; a mesma ideia, invocando a “relação jurídica de direito administrativo”, foi posta pelo Código de Procedimento Administrativo, publicado em 1991 (Decreto-lei n. 442/91, art. 178) – mantendo a indicação de algumas espécies como rol exemplificativo.

Atualmente, o Decreto-lei n. 18/2008 instituiu o Código dos Contratos Públicos, revogando a parte relativa aos contratos do Código de Procedimento Administrativo³⁸⁴.

Nos termos de sua exposição de motivos, o novo Código de Contratos Públicos possui um duplo objetivo: estabelece a disciplina aplicável à contratação pública, de modo harmônico com as Diretivas europeias ns. 17 e 18 de 2004; e estabelece o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo.

384 O texto integral do Código e de sua exposição de motivos foi consultado em: <http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=999&tabela=leis&ficha=1&pagina=1>.

O novo Código, em sua Parte III, estabelece o regime próprio dos contratos administrativos. Inclui nesse regime, dentre detalhadas regras – o Código tem quase 500 artigos –, um dispositivo específico sobre “reposição do equilíbrio financeiro do contrato” (art. 282) e sobre “poderes do contraente público” (art. 302).

Quanto a tais poderes, o Código assim dispõe:

Art. 302. Salvo quando outra coisa resultar da natureza do contrato ou da lei, o contraente público pode, nos termos do disposto no contrato e no presente Código: a) dirigir o modo de execução das prestações; b) fiscalizar o modo de execução do contrato; c) modificar unilateralmente as cláusulas respeitantes ao conteúdo e ao modo de execução das prestações previstas no contrato por razões de interesse público; d) aplicar as sanções previstas para a inexecução do contrato; e) resolver unilateralmente o contrato.

Aparentemente, trata-se do regime tradicional decorrente do modelo francês. Mas deve ser notada a ressalva preliminar, que pode fazer toda a diferença: “salvo quando outra coisa resultar da natureza do contrato ou da lei”. Todavia, aparentemente não está ao alcance das partes modelar o regime: isso decorre da lei ou da natureza do contrato, portanto, decorre de algo posto *a priori*.

Numa perspectiva histórica, pode-se registrar que, originalmente, em Portugal se dava muita ênfase à sujeição à jurisdição administrativa na caracterização do contrato administrativo, mais do que a sua subordinação à observância das normas de Direito público – Marcello CAETANO (2001:586) é expresso quanto a essa última ponderação.

Nesse contexto, Marcello CAETANO (2001:587) buscava doutrinariamente extrair da norma, os critérios postos pelo legislador: “Desta conclusão, resulta que o trabalho da doutrina se resume a apurar quais os traços que têm levado o legislador a integrar no âmbito do contencioso administrativo certas categorias de contratos”.

Contudo, em face, na época, da disciplina legal do Código de Procedimento Administrativo, comportando uma definição material, José Manuel SÉRVULO CORREIA (2006:357) mostra que “os critérios doutrinários [...], devidos fundamentalmente ao labor de Marcello CAETANO – “fundador da Escola de Direito Público de Lisboa” – se encontram ultrapassados”. E conclui: “Não há pois dúvidas de que o conceito legal (para efeitos contenciosos) se alargou, e de que passaram a ser contratos administrativos aqueles cuja execução se rege por leis administrativas”.

No mesmo sentido, segundo Diogo FREITAS DO AMARAL (2006:516), “o contrato administrativo define-se, pois, hoje, em função da sua *subordinação a um regime jurídico de Direito Administrativo*”.

Essas últimas considerações agora se encontram ainda mais reforçadas ante a edição, em 2008, do Código dos Contratos Públicos.

Enfim, de modo similar ao que se passa na França, em Portugal o que caracteriza regime especial dos contratos administrativos é a sujeição do particular contratante a regras necessárias ao atendimento ao interesse público, que deve prevalecer sobre o privado (Marcelo REBELO DE SOUZA, 1994:12), o que implica o atendimento a determinações unilaterais³⁸⁵ da Administração no tocante à execução do contrato, mantido o princípio da “colaboração livre e remunerada” (Marcello CAETANO, 2001:590).

Por outras palavras, e atentando para a expressão do citado Código de Procedimento Administrativo, Diogo FREITAS DO AMARAL (2006:518) define a “relação jurídica administrativa” – critério material da lei para identificação do contrato administrativo – como “aquela que, por via de regra, confere poderes de autoridade ou impõe restrições de interesse público à Administração perante os particulares, ou que atribui direitos ou impõe deveres públicos aos particulares perante a Administração”. Essa ideia é mantida pelo Código de 2008, que em seu art. 279 refere-se ao “contrato como fonte da relação jurídica administrativa”.

54. Influência do modelo francês sobre o Direito espanhol. Na Espanha, assim como em Portugal, a influência francesa é notada fortemente, tanto no sentido do conteúdo do regime especial do contrato administrativo, como na sua submissão à jurisdição administrativa.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ (2008:690) registram que “o Direito francês, e por sua influência nosso próprio Direito”, enquadram grande parte dos contratos da Administração – ditos “administrativos” – como contratos sujeitos a um regime especial de Direito público e a uma jurisdição especial (administrativa). Também notam que na Espanha, no século XIX, a distinção era mais formal, pela competência de jurisdição; e, ao longo do século XX, especialmente sob influência da Escola do Serviço Público, torna-se uma distinção substantiva, relativa a regimes jurídicos de distintas naturezas.

385 Especificamente sobre o poder de modificação unilateral, pela Administração, dos contratos administrativos em Portugal, ver Lourenço B. Manoel VILHENA DE FREITAS (2007:121 e ss.)

O regime típico do contrato administrativo francês, com as notas de mutabilidade e equilíbrio financeiro, bem como de prerrogativas da Administração na execução dos contratos, também é tradicionalmente praticado na Espanha³⁸⁶.

Na Espanha, a matéria há certo tempo já se encontra sistematizada no plano legislativo: agora com a recente Lei de Contratos do Setor Público, n. 30/2007; anteriormente com Lei sobre Contratos das Administrações Públicas, n. 13/1995, ou com diploma anterior de 1965 e, em parte, com a Lei sobre a “Jurisdição Contencioso-Administrativa” de 1956.

A nova Lei – como a portuguesa, também bastante extensa, com mais de 300 artigos – pretende, segundo sua exposição de motivos, marcar uma evolução em relação ao regime da lei anterior, de modo a abranger um leque mais amplo de sujeitos destinatários e acolher as regras do Direito comunitário³⁸⁷, especialmente as decorrentes das Diretivas ns. 17 e 18 de 2004.

A Lei de Contratos do Setor Público contém cinco livros, dedicados a estabelecer (i) a configuração geral da contratação do setor público e os elementos estruturais dos contratos; (ii) a preparação dos contratos; (iii) a seleção dos ‘cocontratantes’ e a adjudicação dos contratos; (iv) os efeitos, cumprimento e extinção dos contratos administrativos; (v) e a organização administrativa para a gestão da contratação.

Essa Lei claramente estabelece que os contratos do setor público podem ter caráter administrativo ou caráter privado (art. 18), enumerando (no art. 19) alguns contratos em espécie que são considerados administrativos, sem prejuízo da consideração como administrativos de outros contratos, em razão de sua vinculação com uma finalidade pública; e definindo também os critérios dos contratos privados (art. 20). Trata ainda a Lei da definição da competência da jurisdição administrativa ou civil: a primeira, competente para as questões atinentes aos contratos administrativos e para a fase de preparação e adjudicação dos contratos privados das “Administrações Públicas”.

Para os contratos administrativos, a Lei de 2007 contempla um regime de “prerrogativas da Administração Pública”, que enumera em seu art. 194: interpretar os contratos; resolver as dúvidas que ofereça seu cumprimento; modificá-los por razões de interesse público; acordar sua rescisão, determi-

386 Ver, entre outros, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ (2008:744 e ss.); Gaspar ARIÑO ORTIZ (2002:16 e ss.); Fernando GARRIDO FALLA, (2002:48 e ss.); Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR (2002:185 e ss.); Ramón PARADA (2000:331 e ss.).

387 Sua “principal razão de ser” (José Antonio MORENO MOLINA, 2009:11).

nando-lhe os efeitos. Note-se que a rescisão unilateral por motivo de interesse público não é afirmada como regra para todos os contratos administrativos, mas decorre das regras específicas de alguns contratos, como o de “gestão de serviços públicos” (art. 262).

55. Influência do modelo francês sobre o Direito italiano. No caso da Itália, a influência do modelo francês existe, mas é menos intensa do que nos casos anteriormente vistos. O tratamento dado aos contratos da Administração pública – não é usual a expressão “contratos administrativos” – é mais próximo do Direito privado no tocante ao regime de sua execução³⁸⁸.

Ao lado desse aspecto mais privatístico da execução dos contratos, todavia, o Direito italiano comporta uma série de regras publicísticas em matéria dos contratos da Administração, incidindo em especial no tocante aos procedimentos prévios à sua celebração, visando à escolha do parceiro contratual e à formalização do contrato.

Na verdade, sobre esse ponto, o que se passa na Itália, tal como em Portugal e na Espanha, decorre das Diretivas da União Europeia, que resultaram, no caso italiano, no “*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*”, aprovado pelo Decreto Legislativo n. 163/2006.

Distingue-se, na doutrina italiana, a fase procedimental da fase negocial dos contratos da Administração: a primeira, que corresponde ao procedimento de escolha do contratante privado e se encerra com a celebração do contrato, é marcada pela incidência de poderes especiais próprios da Administração, em decorrência da supremacia do interesse público sobre o privado; a segunda corresponde à execução das obrigações contratuais e nela as partes encontram-se em posição de paridade, conforme um esquema de Direito privado (ROSA FRANCAVIGLIA, 2005:209/210).

Como nota Elio CASETTA (2006:380), uma vez aperfeiçoado, o contrato é eficaz e deve ser cumprido pelos contratantes, respeitando-se as nor-

388 Na década de 50, Renato ALESSI (1953:244/249) já refutava as razões para negar a relação contratual entre Administração e particulares, afastando-se, para tanto da noção do Código Civil e invocando, com base em CARNELUTTI, uma noção de contrato da teoria geral do Direito, como “composição consensual dos conflitos de interesse que surjam entre sujeitos diversos”. Todavia, reserva a possibilidade de um contrato de Direito público para as relações entre entes públicos. De todo modo, essa perspectiva de teoria geral não é a que prevalece na doutrina italiana, que usa relacionar a figura do contrato propriamente dito a relações patrimoniais. Reforçando a leitura privatista, Aldo BARDUSCO (1974:36) afirma que a “figura do contrato é, no ordenamento italiano, uma figura substancialmente unitária”, razão pela qual as linhas essenciais da disciplina dos contratos da Administração derivam do art. 1321 do Código Civil.

mas civilísticas, com ressalva de algumas regras relativas aos poderes de acompanhamento, fiscalização e controle da Administração; e além de algumas regras implicando poderes mais intensos da Administração quanto a certos contratos, como por exemplo a rescisão unilateral dos *appalti pubblici di lavori* (noção próxima do contrato de empreitada de obras públicas – art. 134 do Decreto Legislativo n. 163/06).

Isso não impede que alguns autores classifiquem os contratos como “ordinários” (de Direito privado, típicos do Código Civil ou tratados em leis especiais), ou “com objeto público” (de Direito público) (Elena BRANDOLINI, 2005:5).

Para melhor ilustrar esse ponto, verifique-se a posição de Paolo BARILE. O autor, de um lado, admite que a Administração celebre contratos (ex.: compra, venda, locação) com particulares, para a gestão de seu patrimônio; esses são claramente “contratos de Direito privado”, em que as partes estão em situação de paridade jurídica (Paolo BARILE, 1991:470).

Ao lado desses, a Administração também pode se valer de acordos de vontades, para estabelecer com particulares relações jurídicas, visando ao desempenho de funções públicas, para o atendimento imediato do interesse público (ex.: concessão de serviço público); nesse caso, a Administração está em situação de superioridade, detendo especiais faculdades de controle ou mesmo de encerramento da relação com fundamento no interesse público (Paolo BARILE, 1991:470/471).

Haveria ainda as situações em que entes públicos se relacionassem contratualmente entre si, em pé de igualdade (ex.: para cooperarem no desempenho de atividades de comum interesse público, como a construção de uma estrada ou de escolas) (Paolo BARILE, 1991:471).

Nesses dois últimos casos, pode-se empregar a designação “contratos de Direito público”, porém, trata-se de uso anômalo da expressão, vez que não está envolvida relação patrimonial, como é essencial no contrato. Enfim, conclui Paolo BARILE (1991:471), importa mais que se convencie adequadamente o uso de palavras; estando claro seu significado em cada caso, há de se constatar “a escassa utilidade de se configurar o instituto do contrato de direito público”.

A doutrina italiana usa distinguir a noção de “acordo” da de “contrato”. Em verdade, pode-se utilizar, como mostra Sabino CASSESE (2006:305), a expressão “acordos” em um sentido amplo de “módulos convencionais”. Todavia, “acordo” também comporta um sentido estrito.

O contrato, como decorre do Código Civil italiano (art. 1321), implica uma relação jurídica patrimonial, acessível à Administração enquanto pessoa possuidora de autonomia negocial e que, portanto, pode escolher a for-

ma contratual como modo de melhor atender ao interesse público (Sabino CASSESE, 2006:306).

Já o acordo se caracteriza pelo envolvimento de um aspecto diverso do patrimonial, importando exercício de poderes administrativos sobre “bens subtraídos da circulação jurídica comum” (Elio CASSETTA, 2006:361).

Segundo Sabino CASSESE (2006:307/309), acordos (em sentido estrito) e contratos se diferenciam por três elementos principais: a) contrato é produto do exercício do poder negocial da Administração; já os acordos tratam de objetos subtraídos à livre circulação, sujeitos a um regime funcional público; b) no acordo, o interesse público é intrínseco ao seu objeto; já no contrato, não se pode afirmar que o interesse público seja a causa do negócio em si considerado; c) no contrato, ressalta-se o sentido de “lei entre as partes” e de “*pacta sunt servanda*”, ainda que com eventuais exceções por força de leis específicas (ex.: quanto à rescisão unilateral); já o acordo pressupõe a discricionariedade da decisão administrativa envolvida em “uma determinada comparação e ponderação dos interesses públicos e privados em jogo” e, sendo próprio do poder discricionário sua “inexauribilidade”, abre-se a possibilidade da alteração ou mesmo da rescisão unilateral do acordo, ressalvada a indenização por eventuais prejuízos à parte privada (Lei n. 241/90, art. 11, 4).

Aliás, também é de Sabino CASSESE (2006:306) a observação crítica de que a legislação italiana tem feito um “uso abundante, ainda que às vezes desordenado, de fórmulas operativas de caráter negocial”, ora ditas acordos, ora ditas contratos.

A noção de “acordos” decorre, no plano legislativo, da Lei n. 241/90 (sobre “*procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*”), podendo ser firmados entre entes públicos – “para disciplinar o desenvolvimento em colaboração de atividades de interesse comum” (art. 15) – ou entre um ente público e um privado – seja para “determinar o conteúdo discricionário do provimento final” de um processo administrativo, seja para substituir esse provimento (art. 11), o que a doutrina chama, respectivamente, de “acordos integrativos” e “acordos substitutivos” (Elio CASSETTA, 2006:362)³⁸⁹.

Para os italianos, o procedimento – poder-se-ia falar propriamente em processo, em vários casos – e o respectivo provimento, são elementos fundamentais da compreensão da ação administrativa.

389 Sobre o tema, ver tópico 101.

E procedimento e acordo são noções que, em grande medida, andam juntas, tanto no sentido dos acordos integrativos e substitutivos acima referidos, como no sentido do que Sabino CASSESE (2006:246) chama de *procedimenti di concertazione* – procedimentos voltados à conclusão de numerosos tipos de acordos (contratos ou acordos em sentido estrito).

56. Considerações finais sobre as ideias expostas nesta Seção. As análises feitas, a partir da Seção 5, quanto à evolução verificada no Direito – tanto no sentido da teoria jurídica, como no sentido do Direito positivo – em matéria de contratos administrativos, permitem constatar a consolidação da figura no modelo francês, aplicado com variações em distintos Estados.

Permitem também perceber que a superação dos óbices anteriormente apontados pela doutrina em fins do século XIX e início do século XX – tais como impossibilidade de se cogitar de autonomia de vontade do Estado, soberania do Estado a ensejar uma desigualdade de partes incompatível com a noção de contrato, indisponibilidade do interesse público a conflitar com a regra *pacta sunt servanda* – deu-se não pela descoberta de um equívoco lógico nas ideias dos que os invocavam, nem por nenhuma mudança na natureza do contrato, mas sim pela adoção de outra perspectiva de análise, seja abandonando-se os pressupostos ideológicos individualistas do contrato, seja substituindo-se, como fundamento do Direito administrativo, a soberania pela função de servir (serviço público).

Hoje, no entanto, impõe-se à teoria do contrato administrativo alcançar novo patamar evolutivo. Todavia, antes que se desenvolva este ponto, verifique-se como se deu a consolidação da matéria no Brasil.

SEÇÃO 8 – ADAPTAÇÃO BRASILEIRA DO MODELO FRANCÊS

Desde o regime do Decreto-Lei n. 2.300/86, o Direito brasileiro claramente passou a adotar, seguindo o entendimento doutrinário predominante, um regime que se baseia no modelo francês em matéria de contrato administrativo. Em alguns pontos, pelo modo como cristalizadas certas ideias na legislação, pode-se dizer que no Brasil radicalizou-se esse modelo. Nesta Seção serão analisadas as principais notas do Direito brasileiro, valendo reiterar que numa perspectiva de teoria geral e não com a preocupação de se descer a detalhes do Direito aplicado.

PLANO DA SEÇÃO

57. Ressalva quanto à terminologia. 58. Competências legislativas em matéria de contratos da Administração. 59. Definição legal de contrato. 60. Contratos das entidades de Direito privado da Administração Pública. 61. Contratos entre entidades da Administração Pública. 62. Contratos entre pessoas privadas. 63. Contratos nominados na Lei n. 8.666/93. 64. Acolhimento do modelo francês no Brasil: considerações gerais. 65. Equilíbrio econômico-financeiro. 66. Prerrogativas da Administração. 67. Posicionamento da jurisprudência. 68. Contratos administrativos e contratos de Direito privado da Administração. 69. Considerações finais sobre as ideias expostas nesta Seção.

57. **Ressalva quanto à terminologia.** É pacífico, no Direito brasileiro vigente, que os contratos administrativos, ou, mais genericamente falando, os contratos celebrados pela Administração, sejam considerados *contratos*.

No entanto, pretende-se explicitar nesta tese a insuficiência do tratamento da matéria no Brasil tendo por base teórica a “teoria do contrato administrativo”, sobretudo em face do atual aumento de complexidade do que se poderia dizer “módulos convencionais”³⁹⁰.

390 A expressão “módulo” é muito adequadamente empregada por Odete MEDAUAR (2010:216), ao tratar da reunião dos “contratos administrativos clássicos” e dos “novos tipos contratuais” em um “módulo contratual”. A autora já se referira a “módulos contratuais ou convencionais” em trabalho anterior (1995a). Também Sabino CASSESE (2006:305) refere-se a “módulos”; especificamente, a “módulos convencionais” com o sentido, como afirma, de “acordos em sentido lato”. Aqui se toma de empréstimo a expressão.

Não se tem a intenção de propor a adoção de determinada expressão, em lugar de *contrato*, com esse sentido mais amplo, no Direito brasileiro³⁹¹. Mas, para o efeito do texto a ser aqui desenvolvido, a expressão *módulo convencional* mostra-se adequada, seja por exprimir a ideia genérica de convenção³⁹², seja por esclarecer que a noção que se quer exprimir comporta modulações³⁹³.

Com efeito, no Brasil, não existe maior rigor na linguagem do Direito legislado, nem mesmo no modo corrente de expressão dos seus operadores, quanto ao uso de alguma expressão para designar de modo genérico as normas jurídicas geradas a partir de acordos de vontade das partes a elas submetidas, nem mesmo suas diversas espécies. A expressão *convenção*, que, em princípio, seria muito apropriada – à moda francesa –, na praxe da linguagem nacional é utilizada para se referir a acordos internacionais; ou a casos específicos, como a “convenção coletiva de trabalho”, ou a “convenção de arbitragem”.

Em geral, no Brasil, emprega-se a palavra *contrato* indistintamente, tanto no sentido genérico, como em sentidos específicos. No entanto, sob certos pontos de vista pretende-se distinguir *contrato* de outras figuras, por exemplo, evocando-se, ainda que não explícita ou conscientemente, a teoria alemã, adotada na França por DUGUIT, da distinção entre contrato (*Vertrag*) e ato-união (*Vereinbarung*).

Ocorre que, via de regra, distinções como essa, trazidas de contextos jurídicos diversos e desconectadas de um tratamento sistemático mais abrangente em termos do Direito nacional, levam à aplicação distorcida de certas consequências jurídicas.

Por outro lado, quando se quer fugir a maiores discussões técnicas, recorre-se à palavra *acordo*, de sentido mais abrangente – e, portanto, mais vago – no vernáculo, mas que não possui base legislativa clara.

Ou ainda se vale da criação de novas expressões – como se as palavras pudessem mudar a substância das coisas³⁹⁴ –, tais como *termo*, ou *instrumento*, de *cooperação*, ou de *colaboração*, ou de algo semelhante. Nesse caso, como que fugindo do problema da identificação material da substância da coisa designada, atenta-se para seu aspecto de forma, vez que *termo*, ou *instrumento*, são

391 Tendo a linguagem uma “vida própria”, no sentido de reproduzir-se e evoluir, não se pode querer impor às pessoas o uso de expressões-elaboradas como decorrência de conjecturas teóricas, pretendendo-se substituir de pronto usos arraigados.

392 Ver tópico 14.

393 Vê-se, de todo modo, que a questão não se resume à sua dimensão terminológica, em que pese esse aspecto também mereça ser considerado. Por trás dos termos há certa compreensão da realidade.

394 Ou, para falar com Shakespeare, por meio de sua *Juliet*: “*What’s in a name? That which we call a rose by any other name would smell as sweet*”.

expressões que na linguagem jurídica brasileira referem-se ao suporte físico, no caso do texto, da norma jurídica individual gerada pelo acordo de vontades.

Não é a definição terminológica que resolverá os problemas conceituais. Por certo, usar a mesma palavra para identificar coisas de mesma substância e palavras diferentes para coisas diferentes é básico para que se possa estabelecer uma comunicação coerente. Mas antes há que se estabelecer criteriosamente a classificação – com aproximações e distanciamentos – das coisas a serem denominadas. O nome, então, naturalmente convencionou-se.

58. Competências legislativas em matéria de contratos da Administração. *Contrato* é a expressão empregada, com sentido genérico³⁹⁵, pela Lei n. 8.666/93, no Direito brasileiro.

Esta é a Lei que – como será visto logo mais nesta Seção – consolida no Direito vigente um regime aplicável aos contratos administrativos segundo o modelo francês.

Antes, porém, observem-se alguns aspectos relativos à competência que embasa sua edição com o caráter de *lei geral* e de *lei de normas gerais*: *lei geral* no sentido de pretender reger os casos de que trata expressamente e ainda se aplicar subsidiariamente a casos disciplinados por leis especiais; *lei de normas gerais* no sentido de atender à sistemática constitucional que estabelece a competência da União, no tocante a certas matérias, para editar normas gerais, restando aos demais entes da Federação competência para legislar concorrentemente, quanto a normas específicas, nos seus respectivos âmbitos.

Ao legislar sobre a matéria, a União Federal fundamentou-se na regra de competência estabelecida no art. 22, XXVII, da Constituição federal:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;³⁹⁶

395 Isso decorre do conceito de contrato (art. 2º, parágrafo único), que será a seguir analisado, e bem como da referência a “outros instrumentos *congêneres*” (art. 116). Mas a Lei também usa contrato em sentido *específico*, aplicado a compras, alienações, obras e serviços.

396 Aliás, a posição de tal dispositivo resulta de impropriedade técnica. Com efeito, pela sistemática da Constituição, seria mais adequada sua inserção no rol de competências concorrentes, posto ser característica dessas competências sua repartição entre União e Estados pelo critério das “normas gerais”. Nesse sentido, ver a crítica de Fernanda Dias Menezes de ALMEIDA (2010:87 e ss.).

Ocorre que a Lei n. 8.666/93 refere-se a *contratos*. Deixa isso claro desde sua ementa – “[...] institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências” –, repetindo a palavra *contratos* também em seu art. 1º.

Este inciso XXVII do art. 22 deveria ser compreendido como exceção, posta pela própria Constituição é certo, à autonomia dos entes federativos, no aspecto de legislarem sobre seu próprio Direito administrativo³⁹⁷. E, como exceção, deveria ser interpretado restritivamente.

Todavia, recebeu interpretação extensiva no tocante a um de seus aspectos principais, ao qual, entretanto, tem-se dado pouca relevância.

Trata-se de constatar o uso, pela Constituição, do vocábulo *contratação*, em lugar de *contrato*³⁹⁸.

Com efeito, *contratação* é a ação de contratar, enquanto *contrato* é o objeto dessa ação.

Os aspectos estruturais dos contratos administrativos (ex.: tipos contratuais, cláusulas necessárias, regime jurídico próprio) dizem respeito à noção de *contrato*. Já *contratação* envolve as normas de regência do ato de contratar (ex.: necessidade de previsão de recursos orçamentários, respeito ao resultado do procedimento licitatório, controles externos e internos pertinentes).

Para mostrar que não se trata de mera distinção cerebrina, cabe lembrar o que foi visto quanto ao Direito europeu³⁹⁹. Mesmo não empregando literalmente essas mesmas expressões, o Direito europeu separa, de um lado, a ideia de contratação, a merecer regramento conjunto com a licitação, e, de outro, a ideia de contratos. E deixa a definição do regime jurídico destes últimos para a autonomia dos Estados integrantes da União Europeia, enquanto impõe a todos tratamento uniforme para licitação e contratação.

397 O que decorre da autonomia dos entes federativos prevista no art. 18 da Constituição federal. Para uma leitura do sentido de normas gerais de licitações e contratos, com atenção para a preservação do princípio federativo, ver Marçal JUSTEN FILHO (2005:13/14 e 2010:417). Já frisando, desde antes da edição da Lei n. 8.666/93, a importância de se assegurar a autonomia de “cada pessoa jurídica de capacidade política” para, “de acordo com suas peculiaridades”, dispor legislativamente sobre matéria de Direito administrativo, em que se inclui licitação, ver Adilson Abreu DALLARI (2000:11). No mesmo sentido, enfatizando a ideia de que, por decorrência do princípio da autonomia federativa, “qualquer condicionamento da competência administrativa das entidades federadas é sempre uma exceção à sua auto-administração”, Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (1992:43) sustenta que tal condicionamento “só pode prevalecer se estiver inequivocamente explicitado no próprio texto constitucional e apenas nos limites expressos, inadmitindo-se cerceamento de poderes federativos por extensão interpretativa”.

398 Ver Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA (2008b:200/201).

399 Ver tópico 49.

Sabe-se, contudo, que, no caso brasileiro, essa interpretação está, na prática, fora de questão e sequer foi, em momento oportuno, levantada como objeção à aplicação da Lei⁴⁰⁰, que, sem hesitar, toma *contrato* como sendo o sentido da *contratação* a que se refere a regra constitucional sobre competência.

De todo modo, admitindo-se que tal posição de fato prevalece, a competência da União *privativa* para legislar sobre normas de contratos administrativos não se esgota na Lei n. 8.666/93.

Como apontado no início deste tópico, são coisas distintas o caráter geral das normas da lei (por comparação com normas específicas de outros entes da Federação) e o caráter geral da própria lei no tocante ao instituto legislado.

Assim, vários outros exemplos podem ser dados, de leis tratando de contratos específicos, porém por meio de normas gerais. São os casos, entre outros, da Lei n. 8.987/95, quanto aos contratos de concessão ou permissão

400 Objetou-se, sim, à ideia de que todos os dispositivos da Lei contivessem normas gerais (como sugere expressamente seu art. 1º) e que fossem, portanto, aplicáveis a todos os entes federativos. Com efeito, salta aos olhos que a Lei desce a minúcias incompatíveis com a noção de normas gerais, por mais difícil que seja a sua definição.

Sobre o sentido de normas gerais na Lei, ver Maria GARCIA (1995:222). Para a autora, "normas gerais são regramentos para outras normas, objetivando uniformidade na matéria legislada: são diretrizes, bases, norteio para esse fim".

Fernanda Dias Menezes de ALMEIDA (2010:128 e ss.) trata da questão das normas gerais no contexto mais amplo das competências legislativas concorrentes dos entes federativos. O autor desta tese ofereceu opinião sobre a questão da caracterização de normas gerais em outro estudo (1995:28).

Entretanto, a controvérsia sobre a aplicação da Lei n. 8.666/93 foi resolvida pelo Supremo Tribunal Federal (ADI n. 927-MC, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 3.11.93, Tribunal Pleno). Na ocasião, cautelarmente (situação que já se consolidou pelo tempo, vez que se trata de decisão tomada em 1993): 1) suspendeu-se a aplicação aos Estados, Distrito Federal e Municípios, da expressão "permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo" contida no art. 17, I, "b"; 2) suspenderam-se os efeitos da letra "c" do mesmo inciso; 3) suspendeu-se a aplicação aos Estados, Distrito Federal e Municípios, da expressão "permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública" contida no art. 17, II, "b"; 4) suspendeu-se a eficácia de todo o § 1º do art. 17. Todavia, o argumento principal da decisão não era puramente o caráter geral ou específico das normas, aparecendo no voto de alguns Ministros o fato de o tema versado nesses dispositivos fugir ao sentido de *licitação* e *contratação*, podendo ser compreendido preponderantemente como *gestão de bens públicos*, o que a Constituição mantém como competência legislativa de cada ente federativo, segundo sua autonomia. De resto, em que pese o voto do Ministro Relator ter afirmado, em tese, que seria inconstitucional a aplicação a Estados, Distrito Federal e Municípios dos dispositivos da Lei que não consistissem em norma geral (o que poderia levar à *declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto* da menção a esses outros entes federativos no art. 1º da Lei), tal declaração de inconstitucionalidade não se processou afinal. Parece, pois, ter restado intocada a ideia de que a lei, "autoconsiderando-se" de normas gerais, passa a revestir-se dessa qualificação. De todo modo, raras, aliás, são leis estaduais e municipais que não acolhem espontaneamente as "normas gerais" contidas na Lei n. 8.666/93.

Sobre o tema, com particular atenção para o caso do Estado de São Paulo, cuja lei de licitações e contratos é anterior à Lei n. 8.666/93, ver Denise Cristina VASQUES, 2007:78 e ss. e 121 ss.

de serviços públicos em geral e de concessão de obras públicas; da Lei n. 9.074/95, quanto à concessão ou permissão de serviços e instalações de energia elétrica e de aproveitamento energético de cursos de água; da Lei n. 9.472/97, quanto à concessão em matéria de telecomunicações; da Lei n. 9.478/97, quanto à concessão para atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural; da Lei n. 11.079/04, quanto a contratos que caracterizem parcerias público-privadas; da Lei n. 11.107/05, quanto a consórcios públicos.

59. Definição legal de contrato. Visto que a Lei n. 8.666/93 refere-se a *contratos*, prossiga-se com a análise da definição legal desse instituto:

Art. 2º [...] Parágrafo Único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Interessante notar que este dispositivo já aponta para insuficiência sistemática do tratamento do tema no Brasil. Mostra o legislador que compreende, de fato, que *contrato* é a expressão mais usual; e admite, implicitamente, que por vezes, na prática, se recorre a outra expressão, possivelmente para se evitar determinado regime jurídico.

Vem então a Lei afirmar que aquilo que ela mesma diz *contrato* há de abranger todo e qualquer acordo de vontades para a formação de vínculos jurídicos, independentemente do nome que possua.

A consequência disso é uma significativa expansão, ao menos em termos potenciais, do regime da Lei n. 8.666/93 a todas essas figuras.

Se, por um lado, o intuito da Lei – supõe-se – é moralizador, no sentido de impor seu regime mais rígido a todos os *contratos*; por outro, reuni-los sob um mesmo regime, excessivamente detalhado (diga-se de passagem), evidentemente não se mostra adequado ante a complexidade inerente à variedade das situações concretas a serem tratadas de modo *contratual* pela Administração.

E, com efeito, isso não impede – nem seria essa a intenção da Lei n. 8.666/93, até porque não factível – que outras leis estabeleçam diversos regimes jurídicos para outros *contratos*. Ou seja, enquanto gênero, *contrato* não pode remeter a um regime único, uniforme e completo, aplicável a todos os contratos celebrados pela Administração.

Dado o alcance amplo de sua definição de *contrato*, identifica-se na Lei o sentido de *lei geral*⁴⁰¹, que se aplica plenamente aos casos que expressamente prevê e subsidiariamente aos casos previstos em leis especiais.

Todavia, sempre restará a difícil questão de se saber qual a medida da aplicação subsidiária da Lei n. 8.666/93 a esses outros casos – questão cuja solução não é facilitada pelo uso de expressões como “no que couber”⁴⁰², praticamente inútil em termos de precisão.

Analisando o dispositivo acima transcrito da Lei n. 8.666/93, têm-se os seguintes elementos a definir o contrato:

a) é um *ajuste*, aliás, é *todo e qualquer ajuste*, em que haja *um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas*.

Aqui um elemento estrutural, essencial a todo contrato, como já visto em outras passagens desta tese.

Trata-se do contrato como ato voltado à criação de uma situação jurídica individual, tanto subjetiva, como objetiva, tomando-se aqui contrato em um sentido mais amplo⁴⁰³.

Nota-se que a ideia de reciprocidade de obrigações – ou seja, obrigações de uma parte em relação à(s) outra(s) e vice-versa – abrange tanto obrigações voltadas a prestações convergentes, como obrigações voltadas a prestações contrapostas.

b) é um ajuste entre *órgãos* ou *entidades*.

Estranha a referência a *órgãos*⁴⁰⁴, pois no sentido tradicional do Direito administrativo brasileiro, órgão não é dotado de personalidade jurídica, mas é uma parte integrante de uma pessoa jurídica⁴⁰⁵.

401 Tal como destacado no tópico anterior.

402 É, p. ex., o caso dos convênios e figuras congêneres (Lei n. 8.666/93, art. 116); dos contratos cujo conteúdo é regido predominantemente por norma de Direito privado e dos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público (Lei n. 8.666/93, art. 62, § 3º); dos contratos relativos aos imóveis da União e a operações de crédito e concessão de garantias (Lei n. 8.666/93, art. 121, parágrafo único) e dos contratos de concessão ou permissão de serviços públicos (Lei n. 8.666/93, art. 124). Quanto às concessões de serviços públicos e de obras públicas, bem como as permissões de serviços públicos, a Lei n. 8.987/95 invoca, além de seu próprio regime e do art. 175 da Constituição federal, outras “normas legais pertinentes” (art. 1º). Já na Lei n. 11.079/04, sobre as concessões que caracterizam parcerias público-privadas, a remissão “no que couber” é feita para a Lei n. 8.987/95.

403 Unificador de duas espécies que, como visto, podem ser ditas contrato (num sentido mais estrito) e união (ou ato-união).

404 Em sentido semelhante, mostrando a inadequação da ideia de contratos entre órgãos, ver, entre outros, Diógenes GASPARINI (2008:696); Celso Ribeiro BASTOS (2002:314); Carlos Ari SUNDFELD (1994:215).

405 Odete MEDAUAR (2010:57).

Como não faz sentido conceber contrato, em sentido próprio, entre partes não personificadas, parece razoável entender que o legislador empregou a expressão “órgão” em seu sentido genérico, portanto resultando no mesmo sentido de *entidades*.

Nessa linha de interpretação, há que se concluir que o legislador preocupou-se não com a técnica da linguagem jurídica, mas com não deixar de abranger eventuais situações, a partir de simples discussão terminológica: na dúvida, incluíram-se todas as expressões.

Por outro lado, não seria juridicamente cabível pretender que tenha havido sim referência a *órgãos* como partes não personificadas de um “contrato”, as quais estivessem sujeitas a *obrigações* recíprocas.

Figuras não personificadas que, no entanto, assumem a posição de titulares de direitos e obrigações – aí incluída a hipótese mais comum de titularidade do direito de ser parte em ação judicial⁴⁰⁶ – encontram-se nessa situação por expressa previsão legal⁴⁰⁷, justificada no mais das vezes pelo fato de tratar-se de um conjunto patrimonial, desconectado de pessoas jurídicas, especialmente reservado para certos fins, cujo cumprimento pressupõe relações jurídicas obrigacionais. E não é esse o caso dos órgãos públicos, que, ademais, já se encontram inseridos na estrutura de uma pessoa jurídica.

406 Aliás, o direito de ação é um dos considerados por KELSEN como verdadeiro direito subjetivo, que não apenas reflexo da obrigação (1962-I:260). A hipótese de entes despersonalizados serem parte em ação judicial é expressamente prevista no Brasil, no Código de Processo Civil, art. 12. O tema é objeto de tratamento ampliativo na jurisprudência, como evidencia o seguinte trecho de acórdão: “A ciência processual, em face dos fenômenos contemporâneos que a cercam, tem evoluído a fim de considerar como legitimados para estar em juízo, portanto, com capacidade de ser parte, entes sem personalidade jurídica, quer dizer, possuidores, apenas, de personalidade judiciária. No rol de tais entidades estão, além do condomínio de apartamentos, da massa falida, do espólio, da herança jacente ou vacante e das sociedades sem personalidade própria e legal, todos por disposição de lei, a massa insolvente, o grupo, classe ou categoria de pessoas titulares de direitos coletivos, o PROCON ou órgão oficial do consumidor, o consórcio de automóveis, as Câmaras Municipais, as Assembléias Legislativas, a Câmara dos Deputados, o Poder Judiciário, quando defenderem, exclusivamente, os direitos relativos ao seu funcionamento e prerrogativas”. (STJ, RMS 8967, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ Acórdão Min. José Delgado, 1ª Turma, julgado em 19/11/1998).

407 Fora do caso da Lei processual, não é pacífico entre os civilistas que personalidade jurídica e capacidade para ser sujeito de direitos possam ser apartadas. Sustentando essa possibilidade, em termos conceituais, verifiquem-se as ponderações de Fábio Ulhoa COELHO (2006:9): “Sujeito de direito é conceito mais amplo que pessoa: nem todos os sujeitos são personalizados. Em outros termos, os titulares de direitos e obrigações podem ou não ser dotados de personalidade jurídica. Se se considerarem todas as situações em que a ordem jurídica atribui o exercício de direito ou (o que é o mesmo, visto pelo ângulo oposto) o cabimento de prestação, sujeito será o titular do primeiro ou o devedor da última. No conceito de sujeito de direito encontram-se, assim, não só as pessoas, físicas ou jurídicas, como também algumas ‘entidades’ despersonalizadas. São o espólio, a massa falida, o condomínio horizontal, o nascituro e outras, consideradas juridicamente aptas ao exercício de direitos e assunção de obrigações”.

c) é um ajuste entre órgãos ou entidades *da Administração Pública e particulares*.

A Lei refere-se aos contratos celebrados entre parte pública e parte privada⁴⁰⁸. Este é o seu alvo principal. Decorrem daí, todavia, considerações sobre três aspectos complementares: contratos das entidades de Direito privado da Administração Pública; contratos entre entidades da Administração Pública; e contratos entre pessoas privadas.

60. Contratos das entidades de Direito privado da Administração Pública. Cuide-se, em primeiro lugar, da inclusão no sentido de Administração Pública, para efeito de incidência do regime da Lei, de entidades ditas “de Direito privado”, especialmente as empresas públicas e sociedades de economia mista⁴⁰⁹.

O art. 1º da Lei n. 8.666/93 dispõe:

Art. 1º. Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

É certo, por um lado, que conceitualmente essas entidades sejam consideradas parte da Administração indireta. Reforçando a ideia da aplicação da Lei mesmo a empresas estatais⁴¹⁰, verifique-se o art. 119:

408 Aliás, aproveite-se este comentário para se convencionar, para efeito do texto da presente tese, que se usará a expressão “outra parte contratante” para indicar a parte que não a Administração em um contrato administrativo – salvo quando a passagem do texto exigir especificação maior. Em linguagem corrente na prática do Direito, usa-se dizer “particular contratado”; é certo que no mais das vezes se trate de um “particular”. Mas nem sempre isso acontecerá. Além do mais, tratar a Administração como “contratante” e a outra parte como “contratado” já transmite a ideia imprópria de o lado “forte”, que detém a iniciativa e o interesse predominante no contrato, ser a Administração, restando à outra parte a situação passiva de ser contratado. Daí porque não se adotar a expressão “particular contratado”, nem simplesmente “contratado”.

409 Aliás, o “Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal e Entes de Colaboração”, elaborado por especialistas a pedido do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, pretende, em seus artigos 21 e seguintes, dar tratamento unificado, em termos de regime jurídico, nos moldes do art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal, às “empresas estatais” e às “fundações estatais”. Sobre o tema, ver Carlos Ari SUNDFELD (2010:65).

410 Para uma análise detalhada da aplicação da Lei a empresas estatais, sejam as exploradoras de atividades econômicas, sejam as prestadoras de serviços públicos, ver Marçal JUSTEN FILHO

Art. 119. As sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União e pelas entidades referidas no artigo anterior⁴¹¹ editarão regulamentos próprios devidamente publicados, ficando sujeitas às disposições desta Lei.

Parágrafo único. Os regulamentos a que se refere este artigo, no âmbito da Administração Pública, após aprovados pela autoridade de nível superior a que estiverem vinculados os respectivos órgãos, sociedades e entidades, deverão ser publicados na imprensa oficial.

Por outro lado, contudo, quando exploradoras de atividades econômicas⁴¹², as empresas estatais – use-se a expressão para englobar as empresas públicas e as sociedades de economia mista – sujeitam-se ao regime de livre concorrência traça-

(2005:15 e ss.). Analisando o regime aplicável às empresas estatais, após a modificação do art. 173 da Constituição Federal pela Emenda n. 19/98 (como será visto a seguir), Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (2006:26) aponta a duplicidade possível: “Por outras palavras, a partir da Emenda n. 19, ficaram abertas as portas para a coexistência de dois regimes jurídicos diversos em matéria de licitação e contratação pela Administração Pública: mantêm-se o procedimento atualmente vigente para a Administração direta, autarquias e fundações; e institui-se outro regime para as empresas estatais, a ser definido na lei que vier a instituir o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção e comercialização de bens ou de prestação de serviços”. Por outro lado, como nota Odete MEDAUAR (2010:218), a Lei n. 8.666/93, ao se dizer aplicável aos contratos firmados por entidades da Administração indireta, “não distingue o tipo de atividade desenvolvida pelas entidades arroladas”. Essa situação leva alguns autores a apontar a incidência da Lei n. 8.666/93 às empresas estatais que explorem atividades econômicas, ainda que registrando dificuldades nesse sentido; é o caso de José dos Santos CARVALHO FILHO (2010:194): “Como a lei não fez distinção a respeito, considera-se que mesmo as pessoas administrativas que executam atividades econômicas devem celebrar seus contratos sob a incidência das regras do Estatuto, fazendo jus, portanto, aos vários privilégios normalmente atribuídos às pessoas que prestam serviços públicos, e isso por mais paradoxal que possa parecer, visto que tais entidades são pessoas de direito privado”. Outros assumem posição contrária, como Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (1999:94) fez em estudo específico sobre as sociedades de economia mista na reforma administrativa: “Outra exceção está no regime de licitações e contratações. As sociedades de economia mista foram nominadamente excluídas do alcance das normas gerais, de competência da União, previstas no art. 22, XXVII da Constituição e, em consequência, do regime geral instituído pela Lei n. 8.666/93, mas o mesmo dispositivo constitucional, in fine, as sujeita a um específico regime para as suas licitações e contratações, disposto no já referido estatuto jurídico (art. 173, § 1º, III). Por estarem submetidas a esse regime legal especial, excepcionalmente limitador da livre contratação, fica afastado não só o regime legal geral de licitações e contratações administrativas, fundado no art. 22, XVII, CF, como também a sua aplicação subsidiária, pois nenhum regime público, pouco importa se geral ou especial, poderá ser aplicado para ampliar ou agravar uma estrita derrogação do regime próprio estabelecido no art. 173, § 1º, II da Constituição”. Também parece ser essa a posição de Diógenes GASPARINI (2008:696), ao formular a seguinte frase com a ressalva final: “A Administração Pública, como contratante, tanto pode ser uma das entidades da Administração direta (União, Estado-Membro, Distrito Federal, Município), como uma de suas autarquias ou qualquer uma de suas entidades governamentais (sociedade de economia mista, empresa pública, fundações), desde que prestadoras de serviço público”. Ainda no sentido de que as empresas estatais que explorem atividade econômica devem seguir, em seus contratos, o regime próprio das empresas privadas, ver Vladimir da Rocha FRANÇA (2003:122).

411 Estados, Distrito Federal, Municípios e entidades da Administração indireta.

412 Reconhece-se não ser fácil a distinção precisa, no plano concreto, entre o domínio do serviço público e o da atividade econômica, conforme a dicotomia traçada constitucionalmente no

do na ordem econômica constitucional brasileira, o que decorre tanto da previsão geral principiológica do art. 170, IV⁴¹³, como especificamente do art. 173, § 1º, II:

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

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: [...]

II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

Aliás, com a finalidade de se permitir às empresas estatais que explorem atividades econômicas uma adequada e competitiva atuação, no regime de livre concorrência, é que o citado art. 173, § 1º, incluiu em seu inciso III, como objeto a ser tratado pela lei que estabelecerá o estatuto jurídico dessas empresas, a “licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública”.

Entretanto, o estatuto jurídico dessas empresas ainda não foi editado⁴¹⁴.

Isso não impediu que, por exemplo, a Petrobrás, com fundamento no art. 67⁴¹⁵, da Lei n. 9.478/97⁴¹⁶, recebesse, pelo Decreto n. 2.745/98, regu-

Brasil, especialmente nos artigos 173 e 175 da Constituição Federal. Diversos autores trabalham o tema, valendo citar, entre outros, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (2010a:419); Marçal JUSTEN FILHO (2010:813 e ss.); Odete MEDAUAR (2010:91 e ss.); Eros Roberto GRAU (2008:108 e ss.); José AFONSO DA SILVA (2005:801 e ss.); Dinorá Adelaide Musetti GROTTI (2003:133 e ss.). Não é o caso, porém, de se aprofundar o tema nesta tese. Para efeito do argumento que se está desenvolvendo, tome-se, simplesmente, a distinção, no plano teórico, entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito. E esclareça-se que, admitida essa distinção, o problema da incidência do regime da Lei n. 8.666/93 aos contratos celebrados por entidades “de Direito privado” da Administração indireta põe-se notadamente em função da vinculação dessas entidades à exploração de atividade econômica e não à sua caracterização como de Direito privado. Por essa razão, não se está aplicando o problema ao caso de fundações públicas de Direito privado, nem a empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos.

413 “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: [...] IV – livre concorrência;”.

414 Há projetos em tramitação no Congresso Nacional visando à disciplina legal desse dispositivo.

415 “Art. 67. Os contratos celebrados pela Petrobrás, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República.”

416 Que “dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências”.

lamento próprio de licitações e contratos, contemplando um regime simplificado. Ou seja, não se trata de regras decorrentes da lei a que se refere o art. 173, § 1º da Constituição Federal – ainda que, de todo modo, sejam regras postas por Decreto previsto por outra Lei –; nem se cuida de regulamento editado por força do art. 119 da Lei n. 8.666 e, portanto, nos termos desse mesmo artigo, com sujeição às disposições desta mesma Lei.

Questionada a constitucionalidade do Decreto n. 2.745/98, a Petrobrás logrou obter, em medida cautelar, decisão do Supremo Tribunal Federal⁴¹⁷, confirmando a adequação jurídica de seu “Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado”, pelo argumento de mérito⁴¹⁸ de estar sendo assim assegurada a igualdade de condições entre os concorrentes, inerente ao regime de livre concorrência⁴¹⁹.

Em que pese a questão de fato subjacente ao caso levado a julgamento do Supremo Tribunal Federal dissesse respeito à licitação, a decisão tem por efeito manter íntegro o referido Regulamento, o qual contém também regras atinentes aos contratos.

Nesse passo, vale notar que Regulamento, invertendo a lógica da Lei n. 8.666/93, afirma, como regra geral, a regência dos contratos por normas de Direito privado⁴²⁰; e não contém um rol específico de prerrogativas da Petrobrás enquanto parte contratante⁴²¹, podendo ser detectado um caso pontual de poder de ação unilateral⁴²².

417 AC-MC-QO 1193, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, v.u., j. 9.5.06. Nesse acórdão, há ainda referência à decisão monocrática, também do Min. Gilmar Mendes, como relator do MS 25.888, que afastara liminarmente julgamento do Tribunal de Contas da União, o qual se manifestara no sentido da inconstitucionalidade do Decreto n. 2.745/98 (decisão disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2825888%29%20NAO%20S.PRES.&base=baseMonocraticas>>).

418 Além de argumentos de índole processual, relativos ao caráter cautelar da medida.

419 Nas palavras do Ministro Relator Gilmar Mendes: “A submissão legal da Petrobrás a um regime diferenciado de licitação parece estar justificado pelo fato de que, com a relativização do monopólio do petróleo trazida pela EC n. 9/95, a empresa passou a exercer a atividade econômica de exploração do petróleo em regime de livre competição com as empresas privadas concessionárias da atividade, as quais, frise-se, não estão submetidas às regras rígidas de licitação e contratação da Lei n. 8.666/93. Lembre-se, nesse sentido, que a livre concorrência pressupõe a igualdade de condições entre os concorrentes”.

420 O texto do item 7.1.1. é o seguinte: “Os contratos da PETROBRÁS reger-se-ão pelas normas de direito privado e pelo princípio da autonomia da vontade, ressalvados os casos especiais, obedecerão a minutas padronizadas, elaboradas com a orientação do órgão jurídico e aprovadas pela Diretoria”.

421 O item 7.1.3., tratando do conteúdo dos contratos, salvo na alínea “n”, aborda o tema de modo neutro, apenas enunciando os tópicos necessários. E o item 7.2., que versa a alteração contratual, explicita em seu *caput* a necessidade de acordo das partes.

422 A alínea “n” do item 7.1.3., referida na nota anterior, assim dispõe: “estipulação assegurando à PETROBRÁS o direito de, mediante retenção de pagamentos, ressarcir-se de quantias que lhe

Todavia, o Regulamento próprio da Petrobrás de fato dá aplicação ao disposto no art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal. Ainda que não tenha sido editada a Lei sobre o regime geral das empresas estatais que explorem atividades econômicas (referida no § 1º do art. 173), a Lei n. 9.478/97 supre a necessidade de consentimento do legislador nessa matéria. E não fosse a Lei n. 9.478/97, já poder-se-ia cogitar da aplicabilidade imediata dos incisos do § 1º do art. 173, por dizerem respeito à isonomia inerente à liberdade de iniciativa e de concorrência em tema de atividades econômicas, ou seja, elementos caracterizadores de direitos fundamentais⁴²³.

Em suma, por força de expressa disposição constitucional (art. 173, § 1º, II), cujos contornos de integridade normativa – ou seja, completude na hipótese e no dispositivo⁴²⁴ – permitem dizer autoexecutável, as empresas estatais que explorem atividade econômica devem seguir, em relação aos seus contratos, o “regime jurídico próprio das empresas privadas”⁴²⁵.

Já quanto às empresas estatais que prestem serviços públicos, na ausência de lei específica em sentido diverso, seguem o regime traçado na Lei n. 8.666/93.

De rigor, há ainda que se considerar que uma mesma empresa pode realizar atividades que caracterizem exploração de atividade econômica e outras que caracterizem prestação de serviços públicos. Nesses casos, os contratos devem seguir um ou outro regime, conforme o enquadramento de seu objeto.

As considerações que se acaba de produzir dizem respeito aos contratos que as empresas estatais celebrem para suprir necessidades atinentes às suas atividades, ou seja, contratos situados no plano de suas atividades-meio⁴²⁶. Os

sejam devidas pela firma contratada, quaisquer que sejam a natureza e origem desses débitos” – o que, de todo modo, não seria incompatível com o regime de contrato entre partes privadas. Já o item 7.3.1., arrolando motivos para rescisão, claramente centra sua atenção em descumprimentos a serem praticados pela outra parte contratante, mas não prevê que a rescisão se dê de modo unilateral pela PETROBRÁS.

423 Sobre o tema, do ponto de vista mais amplo da teoria geral do Direito constitucional, ver Virgílio AFONSO DA SILVA (2009:208 e ss.).

424 Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO (2009:389).

425 A Eletrobrás, ao que tudo indica, seguirá os mesmos passos da Petrobrás. Isso porque a Lei 11.943/2009, que resulta da conversão da MP 450/2008, deu nova redação ao § 2º do artigo 15 da Lei 3.890-A: “§ 2º A aquisição de bens e a contratação de serviços pela Eletrobrás e suas controladas poderão dar-se tanto na modalidade consulta e pregão, observados, no que for aplicável, os arts. 55 a 58 da Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997, e nos termos de regulamento próprio, bem como poderá dar-se por procedimento licitatório simplificado a ser definido em decreto do Presidente da República”. Ou seja, conforme aconteceu com a Petrobrás, a Eletrobrás agora tem autorização legislativa para editar o seu regulamento sobre procedimento licitatório simplificado.

426 Em termos de tratamento jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça tende a aplicar o regime da Lei n. 8.666/93 a casos nos quais estão envolvidas empresas estatais, celebrando contratos no

contratos que eventualmente celebrem tendo por objeto a própria prestação de sua atividade-fim serão abordados mais adiante⁴²⁷.

61. Contratos entre entidades da Administração Pública. Em segundo lugar, parece cabível uma leitura extensiva do texto do parágrafo único do art. 2º da Lei n. 8.666/93, para admitir no conceito legal de *contrato*, aquele

âmbito de suas atividades-meio: p. ex., no caso de empresa prestadora de serviço público – o que afasta o disposto no art. 173, § 1º, da Constituição Federal (ainda que este ponto não esteja no cerne do acórdão) –, a ECT, contratando empresas para obras em agências (note-se o seguinte trecho da ementa: “À luz do art. 37, XXI, da Constituição Federal, a natureza do vínculo jurídico entre a ECT e as empresas recorrentes, é de Direito Administrativo, sendo certo que a questão *sub judice* não envolve Direito Privado, tampouco de relação de consumo. Aliás, apenas os consumidores, usuários do serviço dos correios é que têm relação jurídica de consumo com a ECT” – STJ, REsp 527.137, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 11.5.2004); ou, p. ex., no caso de um contrato de prestação de serviços para que pessoa privada explorasse os serviços de lanchonete para empregados da EMBRATEL, em que o Tribunal decide pela incidência do regime do contrato administrativo, marcando sua distinção em relação a contratos privados (STJ, REsp 737.741, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, j. 3.10.2006); ou ainda, p. ex., ao se considerar que os fins públicos da empresa impediriam uma relação de remuneração pelo uso de seus bens a título de aluguel conforme regras de Direito privado (verifique-se o seguinte trecho de ementa: “A remuneração pelo uso de bem público não configura aluguel e o disciplinamento do ajuste, firmado entre empresa pública, não submetendo às normas ditadas à locação comum, mas sob os ares do Direito Público. Forçando, caso admitida a locação, mesmo assim, não escaparia dos preceitos de Direito Público (arts. 1º e 54, Lei 8666/93)” – STJ, REsp 55.565, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, j. 1.6.1995).

A questão da distinção de regimes de contratos celebrados por empresas estatais reaparece no Superior Tribunal de Justiça, por ocasião de julgamento em que se decidiu pela compatibilidade entre cláusula compromissória de arbitragem e o contrato administrativo (STJ, MS 11.308, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, j. 9.4.2008). Destaquem-se os seguintes trechos do voto do Relator: “A clássica diferença doutrinária entre contratos administrativos e privados não pode ser considerada como realidade radicalmente oposta, ou seja: todo e qualquer contrato pode refletir elementos de direito administrativo e de direito privado. Assim sendo, com o advento da Lei 9.307/96 permitiu-se a celebração de cláusulas contratuais em sede de contratos administrativos estipulando cláusula compromissória, exigindo-se, como requisito, a presença de direitos disponíveis. Sob a égide dessa premissa, a sociedade de economia mista, quando engendra vínculo de natureza disponível, encartado no mesmo cláusula compromissória de submissão do litígio ao Juízo Arbitral, não pode pretender exercer poderes de supremacia contratual previsto na Lei 8.666/93.” [...] “As sociedades de economia mista encontram-se em situação paritária em relação às empresas privadas nas suas atividades comerciais, consoante leitura do artigo 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal, evidenciando-se a inexistência de quaisquer restrições quanto à possibilidade de celebrarem convenções de arbitragem para solução de conflitos de interesses, máxime quando legitimadas para tal as suas congêneres. Ainda que as sociedades de economia mista estejam inseridas na órbita da Administração Pública Indireta, é bem verdade que suas atividades restam disciplinadas, majoritariamente, pela disciplina negocial das empresas privadas, como por exemplo, a penhorabilidade dos seus bens, aplicando-se-lhes o direito público apenas subsidiariamente, naquilo que não for incompatível com o seu regime privado, como aos princípios insculpidos no artigo 37 da Constituição Federal. Por sua vez, evitar que em um contrato administrativo, firmado entre partes de natureza comercial estipule-se cláusula arbitral é restringir aonde a lei não o fez. Portanto, nenhum regime jurídico aplicável à sociedade de economia mista (exploradora de atividade econômica ou prestadora de serviços públicos) será idêntico ao regime jurídico das pessoas de direito público (a Fazenda Pública)”.

celebrado por entidades da Administração Pública entre si, até porque a Lei se refere a ele em outros dispositivos (p. ex.: art. 17, *b* e *e*⁴²⁸; e art. 24, VIII⁴²⁹).

Nos contratos administrativos celebrados entre entes públicos não há sentido em se cogitar, em teoria, de um regime de prerrogativas da Administração.

Em sua origem, como visto ao longo desta tese, as prerrogativas da Administração – ainda que por um raciocínio passível de críticas – têm sua razão de ser na possibilidade de defesa do interesse público (ou do serviço público, em sentido amplo), em face de um interesse privado.

No entanto, quando estão presentes em uma relação contratual apenas entes da Administração – numa relação que se presume igualitária⁴³⁰ –, como identificar a posição do interesse público a ser defendido mediante um regime especial?

Para uma adequada resposta a esta questão importa compreender que o interesse público não coincide com o interesse subjetivo de um ente público enquanto parte da relação contratual, mas sim deve decorrer de interesse objetivamente consagrado no ordenamento jurídico como um todo – o que, de regra, implica a conciliação de diversos interesses, “com a minimização de sacrifícios”⁴³¹.

Assim sendo, parece razoável que, em um contrato entre entes públicos, as partes tenham mais flexibilidade para acordar eventuais prerrogativas que cada qual venha a possuir, de modo isonômico ou não⁴³².

428 Respectivamente tratando de doação e venda de bens imóveis a “órgão ou entidade da administração pública”.

429 Tratando de dispensa de licitação para a “aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública”.

430 Na expressão de Laurent RICHER (2003:974). Note-se que, no Brasil, a não “supremacia” de uma das partes leva a doutrina a conclusões opostas, mas que, de rigor, são opostas mais no aspecto terminológico. Isso porque aqueles que entendem que a expressão *contrato administrativo* se aplica na medida em que haja prerrogativas de uma das partes (no caso, a Administração) afastam da figura os contratos entre entes da Administração (p. ex., Diógenes GASPARINI, 2008:692); outros afirmarão que, justamente pela natureza das partes, são contratos administrativos, ainda que sem supremacia de uma delas (p. ex., José dos Santos CARVALHO FILHO, 2010:193).

431 Odete MEDAUAR (2010:134).

432 Charles EISENMANN (1983:366) já afirmara claramente a inaplicabilidade da teoria do contrato administrativo aos contratos entre entes da Administração (*contrats interadministratifs*). Para uma sistematização dos contratos entre entidades públicas territoriais na França, ver Olivier GOHIN (2004) e Gérard MARCOU (2003); e, num sentido mais amplo de cooperação entre essas entidades, ver Michel VERPEAUX (2008:263 e ss.). Sobre o reconhecimento jurisdicional, com alguma hesitação, do caráter contratual de certos desses contratos na França, particularmente dos “contrats de plan” entre o Estado nacional e as Regiões francesas, ou das “conventions de transfert de services” entre o Estado nacional e os Departamentos ou Regiões, ver Jean-David DREYFUS (2000). O autor (2000:575), com certa ironia, registra: “O Estado sempre foi – e ainda é – tão suspeito de não respeitar seus compromissos que, assim que ele recorreu ao contrato para

62. Contratos entre pessoas privadas. Em terceiro lugar, os contratos entre pessoas privadas – diversamente do que se passa, como visto, em algumas situações tratadas pela jurisdição administrativa francesa⁴³³ – não encontram base jurídica no Brasil, nem interesse prático, para que sejam considerados contratos administrativos, ou, mais amplamente, contratos da Administração.

Isso não impede, de todo modo, que alguns desses contratos, por expressa previsão legal, sofram a incidência de determinadas regras que se aproximem de um regime publicístico.

Isso ocorre, por exemplo, nos casos abrangidos pelo Decreto n. 6.170/07 (em matéria de transferência de recursos da União mediante convênios):

Art. 11. Para efeito do disposto no art. 116 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, a aquisição de produtos e a contratação de serviços com recursos da União transferidos a entidades privadas sem fins lucrativos deverão observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato.⁴³⁴

organizar algumas de suas relações com outras pessoas públicas, a natureza contratual do ato celebrado foi automaticamente posta em dúvida. O que é paradoxal, pois o emprego do procedimento contratual tinha justamente por fim assegurar e perenizar tais relações, numa palavra torná-las menos aleatórias” (“L’État a toujours été – et est toujours – tellement soupçonné de ne pas respecter ses engagements que, lorsqu’il a eu recours au contrat pour organiser certaines de ses relations avec d’autres personnes publiques, la nature contractuelle de l’acte conclu a été automatiquement mise en doute. Ce qui est paradoxal, car l’emploi du procédé contractuel avait justement pour but de sécuriser et de pérenniser lesdits rapports, en un mot de les rendre moins aléatoires”).

433 Ver tópico 50.

434 Aliás, esse Decreto aparentemente revoga, ao menos em parte – Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (2010a:499) registra o conflito entre essas normas – o disposto no Decreto (também federal) n. 5.504/05, que previra, em termos mais rigorosos: “Art. 1º. Os instrumentos de formalização, renovação ou aditamento de convênios, instrumentos congêneres ou de consórcios públicos que envolvam repasse voluntário de recursos públicos da União deverão conter cláusula que determine que as obras, compras, serviços e alienações a serem realizadas por entes públicos ou privados, com os recursos ou bens repassados voluntariamente pela União, sejam contratadas mediante processo de licitação pública, de acordo com o estabelecido na legislação federal pertinente”. Tal Decreto indica ainda o uso da modalidade pregão como obrigatório quando verificada a hipótese de cabimento e explicita sua aplicação às organizações sociais (OSs) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs). De uma leitura conjunta dos textos, talvez se pudesse entender que a norma do Decreto n. 6.170/07 refira-se aos convênios em geral, enquanto a do Decreto n. 5.504/05 persistiria aplicável aos casos específicos das OSs e OSCIPs. Mas mesmo nesse caso de suposta aplicação remanescente da regra do Decreto n. 5.504/05 poder-se-ia apontar sua ilegalidade, na medida em que criaria para as OSs e para as OSCIPs uma obrigação mais rigorosa do que a criada pelas respectivas Leis (n. 9.637/98, art. 17 e n. 9.790/99, art. 14), que se referem a contratações mediante observância de regulamentos próprios (nesse sentido, ver Gustavo Justino de OLIVEIRA, 2008b:33). Persiste, entretanto, um possível sentido para o Decreto n. 5.504/05 como possuidor de um efeito interno, como se fosse uma ordem do Presidente aos seus subordinados, para seguirem certas regras ao celebrarem os contratos em questão. O Tribunal de Contas da União, a

Também seria o caso das entidades qualificadas como serviços sociais autônomos⁴³⁵. São “entidades de natureza privada, mas que desempenham funções de natureza pública, no interesse de categorias profissionais” (Marçal JUSTEN FILHO, 2005:29), estando sujeitas a contratar não pelo estrito regime da Lei n. 8.666/93, porém, consoante entendimento fixado pelo Tribunal de Contas da União, por regulamentos próprios, compatíveis com aquela Lei⁴³⁶.

Enfim, ainda que se queira vislumbrar aspectos de um regime jurídico administrativo aplicado a essas relações contratuais entre pessoas privadas, tais aspectos dizem respeito ao procedimento prévio à contratação e não à relação contratual em si.

Quando muito, pode-se ponderar que essa relação contratual – a ser firmada entre essas entidades que recebem recursos públicos e os terceiros que sejam seus parceiros negociais – perde flexibilidade por ter de respeitar parâmetros previamente acordados pelas primeiras com a entidade pública repassadora dos recursos. Mas isso não implica caracterizar seu regime como administrativo; nem difere substancialmente do que se passa com diversos contratos privados de adesão, ou celebrados segundo rígidos parâmetros normativos pré-definidos.

63. Contratos nominados na Lei n. 8.666/93. Foi dito acima que a Lei n. 8.666/93 toma a expressão *contrato* como gênero, mas também como espécie. Com efeito, a Lei estabelece o que pode ser considerado um regime geral dos contratos da Administração, mas ainda trata especialmente do regime dos contratos de obras, serviços, compras e alienações.

435 Muitas delas conhecidas como entidades do “Sistema S”: SESI, SENAI, SESC, SENAC, SENAR, SEST, SENAT, SEBRAE. Recentemente o Estado de São Paulo criou como serviço social autônomo a Agência Paulista de Promoção de Investimentos e Competitividade (*Investe São Paulo*). Serviço social autônomo é figura de contornos imprecisos no Direito positivo brasileiro. Parece, de todo modo, inadequado seu uso expandido como método alternativo de desempenho de ações estatais (veja-se, por exemplo, o que se passou com a organização do serviço público de ensino no Estado do Paraná, por meio do “Paranaeducação” – a respeito, confira-se o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, na ADI 1864). A origem da ideia de serviços sociais autônomos está no anacrônico sistema sindical originário da Era Vargas e ainda encontra base no art. 240 da Constituição Federal. Quando muito, portanto, seu uso deveria ficar restrito a esse caso, como aliás está proposto no anteprojeto de lei de organização administrativa brasileira, elaborado por juristas a pedido do Governo Federal e objeto de comentários em Paulo MODESTO *et alli* (2010). O art. 71 do anteprojeto define serviços sociais autônomos como “pessoas jurídicas criadas ou previstas por lei federal como entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical e sujeitas ao disposto no art. 240 da Constituição”.

436 Ver <<https://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>.

Não é usual que o Direito administrativo legislado ofereça um rol de contratos administrativos típicos, nominados – diferentemente da tradição das codificações civis ou comerciais⁴³⁷.

Ainda que existam alguns contratos nominados com razoável especificidade (v.g., concessão de serviço público), a maioria dos tipos contratuais é apresentada na legislação de modo bastante genérico.

Nesse contexto, pode a Administração tanto celebrar contratos tipificados em leis de Direito administrativo, como contratos típicos do Direito privado, ou ainda contratos atípicos, decorrentes da conjugação ou cumulação de elementos de outros contratos⁴³⁸, nos limites da legalidade.

Os contratos a que se refere expressamente a Lei n. 8.666/93 (compras, alienações, obras, serviços) são muito próximos da ideia do que os franceses chamam de *marchés publics*⁴³⁹. São contratos nos quais a Administração busca suprir suas necessidades mais corriqueiras, comuns a todas as pessoas na gestão de suas vidas privadas ou empresariais, comprando, vendendo, tomando serviços em geral ou fazendo realizarem-se obras nos bens de sua propriedade⁴⁴⁰.

437 Sem negar a crescente utilização de contratos atípicos nestes outros ramos do Direito.

438 Sobre este último ponto, ver Marçal JUSTEN FILHO (2010:421). É o que se passou no caso da concessão de rodovias, mediante a construção de um contrato que não configura concessão de serviço público *stricto sensu*, a partir de elementos da Lei n. 8.987/95 (Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA, 2008b:199). Sobre o tema, ver ainda CASSESE (2006:325/326). Na primeira edição de seu *Curso*, de 2005, Marçal JUSTEN FILHO afirmava que a Administração “não está jungida a pactuar apenas contratos típicos (nominados). Entendimento contrário conduziria a inviabilizar a atividade contratual da Administração”; não se localizou este trecho na atual edição, de 2010; no entanto, manifesta-se, aqui, a concordância com a ideia. Segundo Gustavo BINENBOJM (2005:7), “a Constituição brasileira não adota um regime de *tipicidade fechada* em relação às modalidades contratuais que podem vir a ser instituídas e utilizadas pelo Poder Público para a melhor execução de suas tarefas. Assim, obedecidas as balizas traçadas pelo constituinte, a formatação jurídica dos contratos da Administração é matéria sujeita à *livre conformação do legislador*”. E Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (2007a:778) entende que a *atipicidade* “representa o acolhimento das mais modernas exitosas orientações da ciência do Direito Administrativo” sobre o sentido da legalidade (fixando-se diretrizes a serem preenchidas mediante instrumentos de ponderação e participação), sobre a atuação da Administração Pública (interagindo com a sociedade para a definição do interesse público concreto) e sobre a importância dos pactos (como instrumento da interação com a sociedade, pela “via privilegiada do consenso”).

439 Nesse sentido, Marçal JUSTEN FILHO (2003b:13). Repita-se a citação do *Code des Marchés Publics* (de 2006): “os *marchés publics* são os contratos celebrados a título oneroso entre os poderes adjudicatários definidos no artigo 2 e os agentes econômicos públicos ou privados, para atender às suas necessidades em matéria de obras, de fornecimentos ou de serviços” (“Art. 1. Les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l’article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services”) – texto extraído do portal <<http://www.legifrance.gouv.fr>>.

440 Não há, no Direito brasileiro, uma expressão de uso consagrado que possua o sentido unificador de *marchés*. Encontra-se, em alguns doutrinadores, o enquadramento desses contra

Para esses contratos, o Direito brasileiro prevê a aplicação das prerrogativas da Administração, caracterizando o regime dos contratos administrativos.

Sem prejuízo da crítica que se venha a fazer ao regime de prerrogativas da Lei n. 8.666/93, pode-se, de todo modo, num raciocínio de política legislativa, até compreender a lógica dessa Lei como instituidora de um “regime geral dos *marchés*” minimamente coerente; mas não de um coerente regime geral dos contratos da Administração.

Ora, basta uma superficial comparação entre a estrutura desses contratos com a de outros muito mais sofisticados quanto às relações jurídicas que geram e quanto aos seus objetos – tais como as concessões de serviços públicos, mesmo as clássicas, mas sobretudo as mais recentes, caracterizadas de parcerias público-privadas – para que se conclua pela improvável adequação da aplicação, a estes últimos, de um regime semelhante ao da Lei n. 8.666/93⁴⁴¹.

Mas antes que se avance em uma análise crítica, cumpre verificar as linhas gerais do regime jurídico traçado pela Lei n. 8.666/93.

64. Acolhimento do modelo francês no Brasil: considerações gerais. O regime jurídico específico a caracterizar o contrato administrativo, de matriz francesa, foi, em linhas gerais, introduzido no Direito legislado no Brasil

tos dentre aqueles de colaboração (em que “uma das partes, embora recebendo a contraprestação remuneratória devida, tem a prestação que lhe cabe direcionada, finalisticamente, para a consecução dos interesses da contraparte, interesses que são prevaletentes”), por oposição a contratos de atribuição (“pelos quais [...] uma das partes outorga vantagens ou benefícios à outra”) (Sérgio de Andréa FERREIRA, 2005:401; ver também Arnaldo WALD *et. al.*, 2004:48).

441 Em que pese essa aplicação decorra, em vários casos, de opção do legislador, seja mediante previsão expressa, seja por indicação de aplicação subsidiária. Como visto, a Lei n. 8.666/93 prevê sua aplicação subsidiária a outros contratos, como, por exemplo, prevê seu art. 124: “Aplicam-se às licitações e aos contratos para permissão ou concessão de serviços públicos os dispositivos desta Lei que não conflitem com a legislação específica sobre o assunto.”. A seu turno, usando expressões pouco precisas, a Lei n. 8.987/95, em matéria de concessão de serviços públicos e de obras públicas, estabelece em seu art. 1º: “As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos”. Já a Lei n. 11.079/04, cuidando das concessões que caracterizem parcerias público-privadas, com mais detalhamento traz em seu art. 3º: “As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 31 da Lei n. 9.074, de 7 de julho de 1995. § 1º As concessões patrocinadas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes subsidiariamente o disposto na Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nas leis que lhe são correlatas. § 2º As concessões comuns continuam regidas pela Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e pelas leis que lhe são correlatas, não se lhes aplicando o disposto nesta Lei. § 3º Continuam regidos exclusivamente pela Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, e pelas leis que lhe são correlatas os contratos administrativos que não caracterizem concessão comum, patrocinada ou administrativa”.

(em termos de lei geral) com o Decreto-Lei 2.300/86, prevalecendo no Direito vigente, especialmente na Lei n. 8.666/93⁴⁴².

Sob o ponto de vista do Direito positivo, pode-se afirmar, com Sérgio FERRAZ (2009:179), que a “realidade normativa” afasta a controvérsia sobre a existência do *contrato administrativo*. A doutrina, aliás, ao apresentar o tema a partir da legislação vigente, sem hesitação constata o regime de prerrogativas da Administração⁴⁴³.

O regime do contrato administrativo, no modelo francês, como visto, tem por característica a previsão de certas prerrogativas exclusivas da Administração enquanto parte contratante, das quais não dispõe a parte privada do contrato.

Essa característica está bem marcada na Lei n. 8.666/93⁴⁴⁴:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

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

II – rescindi-los⁴⁴⁵, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III – fiscalizar-lhes a execução;

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

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

442 Marcos Juruena Villela SOUTO (2004:374) lembra, com razão, que esse regime tem sede infraconstitucional, podendo ser alterado por decisão legislativa.

443 Vejam-se, entre outros, Edmir Netto de ARAÚJO (2010:672 e ss.); Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO (2010:624 e ss.); José dos Santos CARVALHO FILHO (2010:209 e ss.); Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (2010a:268 e ss.); Marçal JUSTEN FILHO (2010:408 e ss.); Odete MEDAUAR (2010:222 e ss.); Romeu Felipe BACELLAR FILHO (2009a:157 e ss.); Diógenes GASPARINI (2008:724 e ss.); Hely Lopes MEIRELLES (1993:197 e ss.).

444 Para efeito da análise geral que se está fazendo, concentre-se na referência às medidas previstas no art. 58, sem ignorar que outros aspectos do regime estejam previstos em diversos dispositivos da Lei.

445 Aliás, “rescisão” é a expressão que a lei usa para abranger tanto os casos de ação unilateral, como de ação mediante acordo; e também casos de encerramento do contrato por inexecução, ou por interesse público.

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

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

No Brasil, usa-se, à francesa, chamar tais prerrogativas de “cláusulas exorbitantes”, no sentido de exorbitarem o que seria normal em termos do Direito privado. Em verdade, como exposto com a premissa geral desta tese, não haveria propriamente exorbitância, mas aplicação de regime específico.

De todo modo, no Brasil, em que pesem cabíveis críticas do ponto de vista teórico, ou de política legislativa, não há dúvida de que as prerrogativas acima indicadas existem e se aplicam, devendo ser entendidas, por certo, não como privilégios, mas como “instrumento de satisfação de necessidades coletivas como forma de promover os direitos fundamentais” (Marçal JUSTEN FILHO, 2010:418)⁴⁴⁶.

Não há margem para interpretações divergentes, como no caso francês, sobre, por exemplo, ser cabível falar-se, em tese, de alteração unilateral de cláusulas contratuais pela Administração. Também não há dúvida sobre a possibilidade, como regra, de rescisão unilateral do contrato por parte da Administração.

65. Equilíbrio econômico-financeiro. Assim como no modelo francês, elemento essencial para a compreensão do regime específico dos contratos administrativos no Brasil é a noção de que se trata de um contrato mutável, em torno de um núcleo permanente consistente do dito equilíbrio econômico-financeiro⁴⁴⁷.

Trata-se aqui da mesma noção elaborada pela teoria francesa: é o equilíbrio entre as obrigações contratualmente assumidas pelo particular contratante e sua possibilidade de remuneração – o que, certamente, não significa garantia de receita, muito menos garantia de lucro.

Tal equilíbrio é fixado no momento da contratação, como decorrência do processo de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, seja mediante licitação, seja mediante contratação direta.

446 A negação do sentido de privilégio também se encontra na doutrina sob fundamento diverso, invocando-se a “relação de administração” (Lúcia Valle FIGUEIREDO, 2003:498).

447 Essa a expressão da lei, por vezes referida na doutrina com alguma variação (p. ex.: equação financeira, equilíbrio econômico, equilíbrio financeiro, equilíbrio contratual).

Equilíbrio econômico-financeiro, assim compreendido, não pressupõe análise da justiça da repartição de ônus, nem equivalência de prestação e contraprestação.

Também não opera, *a priori*, em favor de uma das partes. A manutenção do equilíbrio é um direito de ambas e um dever imposto à Administração.

A manutenção do equilíbrio, é ainda uma garantia de respeito ao princípio da igualdade, que rege o processo de contratação pública e, de resto, a atuação da Administração em geral. Eventual alteração no equilíbrio importaria mudança nas condições competitivas sob as quais determinada proposta foi eleita a mais vantajosa para a Administração.

Assim sendo, se por um lado pode-se falar em mutabilidade do contrato administrativo, por outro, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro é o aspecto que tradicionalmente se vislumbra de direito adquirido em decorrência de um contrato administrativo⁴⁴⁸.

No entanto, como visto a propósito do Direito francês, o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos é um equilíbrio dinâmico⁴⁴⁹. Ou seja, eventual alteração em um dos elementos – encargos e possibilidade de remuneração – que compõem a razão (em sentido matemático) do equilíbrio, deve ser acompanhada de outra alteração, simultânea ou subsequente, de natureza financeira ou relacionada ao objeto contratual⁴⁵⁰, para que se mantenha a mesma razão.

448 A respeito deste ponto, é clássica a posição de José Horácio MEIRELLES TEIXEIRA (1957:421/422), ainda que se referindo especificamente à concessão:

“Essa intangibilidade da situação financeira [...] transforma a própria concessão, isto é, o direito subjetivo de exercê-la, de explorá-la – porque se trata, aqui, verdadeiramente [...] de uma atividade econômico-lucrativa – numa *property*, na velha linguagem dos tratadistas e dos tribunais norte-americanos, a constituir, para os concessionários, verdadeiros direitos adquiridos de origem contratual. [...]”

“De fato, como sucede em toda violação de direito adquirido, o eventual desconhecimento do direito subjetivo do concessionário à equação financeira do contrato implicaria na obrigação de indenizar.

Por outro aspecto, a defesa do direito adquirido no contrato administrativo também é feita por Miguel REALE (1969:54): “A tese ambígua de que ‘não há direito adquirido contra o interesse público’ esbarra, no Brasil, contra a ampla e primordial tutela do § 3º do art. 141 da Constituição de 1946, cujas raízes se aprofundam nas matrizes da Constituição do Império, e que, na tradição do direito pátrio, tem a força de uma verdade fundamental, asseguradora de todo o nosso edifício jurídico”.

449 Ver tópico 50.

450 Desde, é claro, que não desnaturem o contrato e as condições competitivas em que foi ele celebrado.

Para uma análise das formas mais usuais da recomposição do equilíbrio, ver Marçal JUSTEN FILHO (2009:130).

O equilíbrio econômico-financeiro é tratado na Lei n. 8.666/93 de modo não muito ordenado e mesmo redundante. Lá encontram-se esparsamente regras sobre a permanência das cláusulas financeiras (art. 58, § 1º); regras que impõem o reequilíbrio em razão de alteração unilateral do contrato pela Administração (arts. 58, § 2º e 65, § 6º); e regras que impõem o reequilíbrio em razão de atos ou fatos externos ao contrato (art. 65, II, “d” e § 5º).

66. Prerrogativas da Administração. Uma primeira prerrogativa da Administração, nos termos da lei, é a modificação unilateral de cláusulas contratuais.

Esse tema costuma ser estudado numa perspectiva mais ampla, de mutabilidade do contrato. No entanto, há que se esclarecer que a *mutabilidade* não necessariamente envolve *prerrogativa* da Administração.

A possibilidade de alteração unilateral pela Administração é uma das causas de mutabilidade. Porém, de resto, a mutabilidade do contrato administrativo pode se dar também por acordo das partes quanto a alteração de suas cláusulas, sempre nos limites da lei (Lei n. 8.666/93, art. 65), ou por fatores aleatórios – aleatórios, em alguns casos, ao menos sob o ponto de vista da outra parte contratante – e externos aos contratos, que não importam alteração direta de cláusulas contratuais, mas acarretam mudança nas condições econômico-financeiras de cumprimento do contrato, a ensejar eventualmente a recomposição do equilíbrio contratual, mediante – aqui sim – modificação reflexa de certas cláusulas.

Há, pois, que se distinguir três situações, do ponto de vista estrutural:

- a) a alteração unilateral do contrato pela Administração (com os limites e condições estabelecidos no art. 65, I e §§, da Lei n. 8.666/93⁴⁵¹), que automaticamente implicará, no bojo das alterações, as adaptações necessárias para que o equilíbrio econômico-financeiro seja mantido (Lei n. 8.666/93, art. 65, § 5º) – nesta situação configura-se prerrogativa da Administração;
- b) a alteração do contrato por acordo das partes, em que se supõe seja preservado o equilíbrio, visto haver acordo⁴⁵² – nesta situação não se cogita de prerrogativa;

451 Sobre a interpretação desses limites, distinguindo contratos *por objeto* (ou *resultado*, ou *escopo*) e *por prazo* (ou *duração continuada*), ver, entre outros, Antônio Carlos CINTRA DO AMARAL (2009:215 e ss.); Floriano de Azevedo MARQUES NETO (2006:3 e ss.); Marçal JUSTEN FILHO (2005:502).

452 Quanto à hipótese “b”, duas observações se fazem necessárias: (i) pode-se, é certo, imaginar que a outra parte contratante concorde com uma alteração que afete o equilíbrio em seu

- c) a alteração do contrato apenas para reequilibrá-lo, como reflexo de fatos externos ao contrato, mas que o tenham afetado – aqui pode-se cogitar, ou não, de prerrogativa da Administração: essa alteração pode ocorrer por acordo das partes (caso previsto na Lei n. 8.666/93, art. 65, II, “d”), ou de modo unilateral (em que pese não previsto expressamente no inciso I do mesmo artigo 65)⁴⁵³.

Um viés de análise da mutabilidade do contrato administrativo toma por referência as “áreas” contratuais – eventos que podem ocorrer afetando a dinâmica da execução do contrato. Esse modo de expor está presente na obra de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (2010a:277/278)⁴⁵⁴ e pode-se sintetizar do seguinte modo:

- a) *área empresarial*, ou *ordinária*: aquela que diz respeito ao risco inerente a qualquer tipo de negócio, num ambiente de economia de mercado. Fatos aleatórios dessa natureza, que afetem a economia do contrato, devem ser encarados como o risco normal que assume o empresário, não havendo que se cogitar de consequentes alterações do contrato administrativo, em nome do equilíbrio econômico-financeiro, para compensar possível perda ou frustração de expectativas da outra parte contratante. Aliás, é desse mesmo risco que decorre o legítimo eventual aumento de lucros do empresário.
- b) *área administrativa*: aquela imputável à Administração, que comporta três espécies: a) a alteração unilateral do contrato; b) o “fato do príncipe”, expressão pela qual se designam as medidas de ordem geral, com repercussão no contrato, impostas pela Administração⁴⁵⁵, mas não enquanto parte contratante – ex.: alteração de disciplina da atividade econômica, ou de tributo que incida sobre insumo do objeto contratual; c) o “fato da Administração”,

desfavor: aqui não há problema, sendo disponíveis os interesses privados envolvidos; (ii) mas pode-se também imaginar que o acordo leve a uma alteração que, de fato, modifique o equilíbrio em desfavor da Administração, ou, ao menos, criando-se uma vantagem indevida para a outra parte contratante – indevida vez que estranha à solução consolidada no momento da contratação (via de regra, após uma competição em licitação): aqui haveria ilegalidade, ocorrendo desvio de finalidade no ato de alteração contratual.

453 A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro é princípio inafastável do regime do contrato administrativo. A outra parte contratante tem nisso um direito, portanto exigível judicialmente. Do mesmo modo, constitui direito da Administração que, dada a autoexecutoriedade de seus atos, pode assim ser realizado diretamente por ela.

454 Ver também Caio TÁCITO (1997a:199 e ss.) e Gaspar ARIÑO ORTIZ (1968:7/8).

455 Para caracterizar essa figura, a doutrina ressalta que deve considerar-se ato de autoridade pertencente ao mesmo ente federativo da Administração contratante; senão, estar-se-ia cogitando da teoria da imprevisão.

que diz respeito aos atos praticados pela Administração como parte contratual, porém sem importar alteração de cláusula do contrato – ex.: Administração não libera o local da obra que o contratado deve realizar, ou não desapropria área necessária para a obra, ou ainda suspende pagamentos. Nos casos de álea administrativa, afetado o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, cabe proceder-se ao seu restabelecimento⁴⁵⁶.

- c) *álea econômica*, que corresponde à teoria da imprevisão, tal como consagrada no Direito das obrigações. A teoria de imprevisão faz-se aplicável quando se cuide de acontecimento estranho à vontade das partes e ao contrato (caso contrário, estaria configurada álea administrativa, em alguma de suas espécies), imprevisível em sua ocorrência, ou em suas consequências, e inevitável, causando desequilíbrio extraordinário (caso contrário, tratar-se-ia de álea empresarial)⁴⁵⁷.

Observe-se, por fim, quanto à alteração unilateral do contrato pela Administração, que deve ser ela entendida como legalmente possível, porém como algo excepcional na dinâmica contratual⁴⁵⁸.

Outra prerrogativa da Administração, presente no regime jurídico específico dos contratos administrativos, segundo a Lei n. 8.666/93, é a possibilidade de rescisão unilateral do contrato.

Não se trata do único modo de rescisão do contrato. Nos termos do art. 78 da Lei, há rol de dezoito hipóteses de rescisão contratual, seja por fatores relacionados à outra parte contratante, tanto por sua situação pessoal, como

456 Isso se a situação de fato não levar à inviabilidade de prosseguimento na execução, importando rescisão contratual. Igualmente levam à inviabilidade de prosseguimento (e, portanto, à rescisão), segundo entendimento doutrinário, fatos caracterizadores de caso fortuito ou de força maior, estando pois excluídos da análise pertinente à mutabilidade.

457 Afetado, assim, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, cabe seu restabelecimento; no entanto, como não se trata de causa imputável a uma das partes contratantes, deverá haver, caso a caso, mecanismo de repartição dos ônus adicionais entre as partes, não se beneficiando integralmente uma em desfavor da outra. Essa hipótese é clara, por exemplo, no caso das concessões que caracterizem parceria público-privada (Lei n. 11.079/04, art. 4º, VI); sobre o tema, entre outros, Floriano de Azevedo MARQUES NETO (2008) Marcos Augusto PEREZ (2006).

458 Nas palavras de Adilson Abreu DALLARI (2002a:5), “o contrato administrativo, em princípio, deve ser fielmente cumprido, tal como celebrado: *pacta sunt servanda*. Por isso mesmo é que o contrato não pode ser alterado sem que, para isso, sejam formalmente expostas as devidas justificativas, entendendo-se como tal a demonstração clara, objetiva e aferível da ocorrência concreta dos motivos ensejadores de cada específica alteração”.

por descumprimentos contratuais a ela imputáveis (I a XI e XVIII); seja por faltas imputáveis à Administração (I, II e XIII a XVI); ou ainda por caso fortuito ou de força maior (XVII); e, por fim, por razões de interesse público (XII).

A nota peculiar da rescisão, a caracterizar uma prerrogativa da Administração, aparece tanto, em termos de motivo, no caso da invocação do interesse público; como, em termos de forma, pelo caráter unilateral (autoexecutório) da decisão de rescindir.

A rescisão unilateral por interesse público opera na mesma lógica da revogação do ato administrativo, ou seja, desfazimento por razão de conveniência e oportunidade⁴⁵⁹.

A anulação não é tratada como hipótese de rescisão, porque não decorre de desfazimento do contrato por vontade associada ao interesse da parte enquanto parte contratual, mas sim ao interesse genérico da preservação da ordem jurídica, que se impõe ao Estado respeitar.

Seguindo na análise das prerrogativas da Administração, a caracterizar um regime jurídico específico para a execução dos contratos administrativos, a Lei n. 8.666/93 também contém regras sobre outros elementos arrolados no art. 58: fiscalização do contrato, aplicação de sanções e ocupação provisória de “bens, pessoal e serviços”⁴⁶⁰.

Todavia, não parece adequado que aqui se passe a comentá-las em detalhes, bem como outras regras sobre execução contratual.

Frise-se, somente, mais uma vez, que a diferença a caracterizar o regime publicístico decorre, essencialmente, do caráter unilateral autoexecutório das medidas, menos marcada, é certo, no caso da fiscalização.

Tradicionalmente se afirmava na doutrina brasileira, como prerrogativa da Administração nos contratos administrativos, a impossibilidade de a outra parte contratante valer-se da exceção do contrato não cumprido (*exceptio non*

459 No caso de rescisão por invocação de interesse público, ou mesmo por descumprimento contratual por parte da Administração, ou por caso fortuito ou de força maior, sem culpa do contratado (art. 79, § 2º), a Lei disciplina o ressarcimento de prejuízos por este sofridos – e há que se entender tratar-se de indenização abrangente de danos emergentes e lucros cessantes (ver Marçal JUSTEN FILHO, 2010:547).

460 Maria Sylvania Zanella DI PIETRO (2010a:268 e 275) ainda destaca como “cláusulas exorbitantes” a faculdade de a Administração exigir garantias (Lei n. 8.666/93, art. 56) e as medidas decorrentes da rescisão unilateral, previstas no art. 80 da mesma Lei, visando a assegurar a contituidade da execução do contrato.

adimpleti contractus), o que se justificaria em nome da contituidade das atividades administrativas.

Como registra Odete MEDAUAR (2010:224), se levada ao extremo, esta regra “acarreta injustiças e fere direitos”. No mesmo sentido, Romeu Felipe BACELLAR FILHO (2007:182) afirma que “mesmo a continuidade do serviço público não poderia justificar a ruína do particular”.

O posicionamento pela não aplicação da *exceptio* em questão veio progressivamente sendo alvo de críticas⁴⁶¹, até se chegar a uma mitigação nos termos da lei vigente.

A Lei n. 8.666/93 admite, nas hipóteses dos incisos XIV, XV e XVI do art. 78, que a outra parte contratante possa pleitear a rescisão ou optar pela suspensão do contrato, motivada por certos descumprimentos contratuais, ou por ordem de suspensão da execução do contrato, de parte da Administração.

Não se pode, pois, afirmar amplamente ser aplicável tal *exceptio* aos contratos administrativos. Nos termos da Lei vigente, ela é aplicável com restrições.

E, além dessas prerrogativas, há no regime geral dos contratos tratados na Lei n. 8.666/93, assim como dos contratos em geral celebrados pela Administração, regras tipicamente publicísticas relacionadas com o procedimento de escolha do parceiro contratual⁴⁶², bem como com formalidades inerentes à contratação (p. ex.: forma a ser adotada para o contrato, publicidade).

Não têm elas o sentido de estabelecer prerrogativas, mas antes – invocando-se o outro termo do tradicional binômio – de reforçar a sujeição da Administração a normas derivadas da legalidade em sentido amplo.

67. Posicionamento da jurisprudência. As considerações que se acaba de fazer, sobre a consagração do regime jurídico específico do contrato administrativo no Brasil, nos moldes da Lei n. 8.666/93, contendo um rol de prerrogativas da Administração, encontra pacífica acolhida na jurisprudência atual.

Com efeito, desde o Decreto-lei n. 2.300/86, o tratamento legislativo específico do contrato administrativo restou mais explícito.

461 Sérgio FERRAZ (2009:179 e ss.) pode ser citado como autor que há décadas sustentava a “inadmissibilidade científica” da rejeição da exceção do contrato não cumprido nos contratos administrativos. Na obra referida tem-se sua visão sobre o assunto, relacionando-o com o moderno Direito civil e princípios como o da boa-fé, bem como mostrando os limites dados ao tema pelo Direito positivo.

462 A licitação tem natureza de processo, no sentido constitucional (art. 5º, LIV e LV) do termo, ou seja, pressupõe garantia de ampla defesa e contraditório para as partes envolvidas (Odete MEDAUAR, 2008b). Os potenciais litígios podem ocorrer tanto entre um ou mais licitantes e a Administração, como entre licitantes entre si.

Todavia, com a previsão constitucional, em 1988, da competência do Superior Tribunal de Justiça, para apreciação de questões envolvendo matéria de lei federal, são mais raros os casos em que o Supremo Tribunal Federal discute aplicação do regime específico dos contratos administrativos⁴⁶³.

E a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça registra inúmeros casos em que se reiteram, sem maiores variações, as afirmações tradicionais sobre as prerrogativas da Administração e as ditas "cláusulas exorbitantes"⁴⁶⁴.

463 No mais das vezes, as questões que lá chegam não dizem respeito propriamente ao regime dos contratos, mas a algum problema envolvendo licitação e violação do princípio da igualdade, ou a algum desdobramento criminal de um contrato administrativo ou de uma licitação. Ainda assim, mesmo que marginalmente, percebe-se por alguns acórdãos a acolhida da teoria do contrato administrativo – p. ex.: AI 534.676 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. 13.12.2005; MS 23.560, Rel. p/ ac. Min. Nelson Jobim, Tribunal Pleno, j.20.9.2000.

464 Verifiquem-se, entre outros, os seguintes trechos exemplificativos, extraídos de ementas de acórdãos:

"Ademais, por se tratar de contrato administrativo, deve-se ter em vista o predomínio da vontade da Administração sobre a dos particulares. Tem-se, assim, que o particular pode até buscar a comprovação de que não deu causa à rescisão do contrato, para fins de recomposição de eventuais prejuízos que possa ter suportado. É inviável, no entanto, exigir-se o cumprimento do contrato já rescindido, ainda que unilateralmente, pelo Poder Público."

(STJ, AgRg na MC 13670, Rel. Min. Denise Arruda, 1ª Turma, j. 04/03/2008).

"O poder de alterar unilateralmente o ajuste representa uma prerrogativa à disposição da Administração para concretizar o interesse público. Não se constitui em arbitrariedade nem fonte de enriquecimento ilícito.

A modificação quantitativa do valor contratado (acréscimo/supressão) deve corresponder, em igual medida, à alteração das obrigações dos sujeitos da relação jurídica (Administração Pública e particular), ou seja, a variação do preço deve guardar uma relação direta de proporcionalidade com aumento/diminuição do objeto, sob pena de desequilíbrio econômico-financeiro, enriquecimento sem causa e frustração da própria licitação."

(STJ, REsp 666878, Rel. Min. Denise Arruda, 1ª Turma, j. 12/06/2007).

"*Ad argumentandum tantum*, sobreleva notar, que em face de contrato administrativo seria cabível a rescisão unilateral pela Administração, calcada no princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o privado, que norteia todo o contrato administrativo, consoante se extrai do teor dos artigos 78, XII c/c art. 79, I, da Lei 8.666/93."

(STJ, RMS 20264, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 06/02/2007).

"Distinguem-se os contratos administrativos dos contratos de direito privado pela existência de cláusulas ditas exorbitantes, decorrentes da participação da administração na relação jurídica bilateral, que detém supremacia de poder para fixar as condições iniciais do ajuste, por meio de edital de licitação, utilizando normas de direito privado, no âmbito do direito público.

Os contratos administrativos regem-se não só pelas suas cláusulas, mas, também, pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes supletivamente as normas de direito privado.

A Administração Pública tem a possibilidade, por meio das cláusulas chamadas exorbitantes, que são impostas pelo Poder Público, de rescindir unilateralmente o contrato."

(STJ, REsp 737741, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, j. 03/10/2006).

"A Lei de Licitações e Contratos estabelece que o contraente poderá servir-se das cláusulas exorbitantes do direito privado para melhor resguardar o interesse público. É de sabença que as cláusulas exorbitantes são as que inexistem no Direito Privado e permitem ao Poder Público alterar as condições de execução do contrato, independentemente da anuência do contratado."

(STJ, REsp 527.137, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 11/05/2004).

"A prerrogativa de fixar e alterar unilateralmente as cláusulas regulamentares é inerente à Administração. A despeito disso, há cláusulas imutáveis, que são aquelas referentes ao aspecto

Fica, portanto, este registro pontual, não sendo o caso, dados os propósitos da tese, de se aprofundar a análise de jurisprudência. Isto porque não há maior interesse investigativo em se verificar a construção jurisprudencial, atualmente, de um regime jurídico a partir de posições teóricas⁴⁶⁵: trata-se de se constatar a aplicação jurisprudencial do regime da Lei n. 8.666/93, iluminada, é certo, pela posição doutrinária que reafirma seus contornos com base no modelo francês.

68. Contratos administrativos e contratos de Direito privado da Administração. Conforme a tradição francesa, os autores brasileiros usam distinguir, no gênero *contratos da Administração*, ou *contratos celebrados pela Administração*, as espécies *contratos administrativos* propriamente ditos (de Direito público) e contratos de *Direito privado*⁴⁶⁶.

Essa distinção, em seu aspecto formal, parece harmônica com a Lei vigente. De fato, como se vai indicar logo a seguir, a Lei n. 8.666/93 também se refere, de certo modo, a contratos regidos pelo Direito privado.

econômico-financeiro do contrato. Às prerrogativas da Administração, advindas das cláusulas exorbitantes do Direito Privado, contrapõe-se a proteção econômica do contratado, que garante a manutenção do equilíbrio contratual.

“É escusado dizer que ninguém se submeteria ao regime do contrato administrativo se lhe fosse tolhida a possibilidade de auferir justa remuneração pelos encargos que assume ou pagar justo preço pelo serviço que utiliza.

“Os termos iniciais da avença não de ser respeitados e, ao longo de toda a execução do contrato, a contra prestação pelos encargos suportados pelo contratado deve se ajustar à sua expectativa quanto às despesas e aos lucros normais do empreendimento”.

(STJ), REsp 216.018, Rel. Min. Franciulli Netto, 2ª Turma, j. 05/06/2001).

465 Interesse que havia em relação à jurisprudência anterior ao Decreto-Lei n. 2.300/86 – ver tópico 46.

466 Ver, entre outros, Edmir Netto de ARAÚJO (2010:666); Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO (2010:615); José CRETELLA JÚNIOR (2003:5).

Odete MEDAUAR (2010:217), além dos “contratos administrativos clássicos” e dos “contratos regidos parcialmente pelo direito privado”, dá destaque ainda às “figuras contratuais recentes”.

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (2010a:256 e 1989:144) fala em “contratos de direito privado”, “contratos tipicamente administrativos” e “contratos administrativos que têm paralelo no direito privado” (estes dois últimos, considerados “contratos administrativos”).

Alguns autores negam a existência de *contratos privados da Administração* justamente por incidência, ora mais, ora menos intensa, de regras de Direito público, ao lado de regras de Direito privado. Nesse sentido, Lúcia Valle FIGUEIREDO (2003:497).

Carlos Ari SUNDFELD (1994:200/203) aborda a questão por ângulo diverso: também afirma não haver *contratos privados da Administração*, mas somente *contratos administrativos* (expressão que pode ser tomada em sentido amplo, comportando em si os *contratos administrativos em sentido estrito*); todavia, a razão de seu posicionamento não é a existência de uma “relação jurídica vertical” (de desigualdade das partes) e sim a incidência de um regime abrangente de diversos princípios (“legalidade, igualdade, publicidade, motivação, etc.”) e outras notas características, como exigência de licitação e o caráter administrativo de atos praticados no curso da execução contratual. O autor admite, por outro lado, contratos de Direito privado para os “entes governamentais privados”, que exploram atividade econômica.

Todavia, em seu aspecto substancial, a distinção perde relevância em face do regime publicístico da Lei, exposto nos itens anteriores desta Seção. Essa observação vale tanto em relação aos ditos contratos de Direito privado da Administração, quanto em relação à eventual aplicação subsidiária de regras de Direito privado aos contratos administrativos.

Após conceituar de modo amplíssimo “contrato”, para os fins de seu próprio regime – ou seja, para a caracterização do regime jurídico dos contratos da Administração Pública –, a Lei também diz aplicáveis, aos contratos regidos predominantemente pelo Direito privado, suas regras sobre as prerrogativas especiais da Administração, no limite impreciso da expressão “no que couber”:

Art. 2º. [...] Parágrafo Único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

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;

II – aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público.

Ora, aplicar, ainda que seja *no que couber*, regras de um regime de prerrogativas especiais da Administração a contratos que se pretende regidos *predominantemente* pelo Direito privado, é uma proposição que encerra contradição em seus próprios termos: ou bem *não caberá* em nenhum aspecto, ou bem não *predominará* o Direito privado⁴⁶⁷.

Outro elemento a ser notado, é que a Lei n. 8.666/93, ainda que implicitamente, considera a existência de contratos de direito privado – “cujo con-

467 Sobre esse aspecto, Odete MEDAUAR (2010:235) aponta que, “além dos contratos norteados, na totalidade, pelo direito público, a Administração celebra contratos regidos parcialmente pelo direito privado”; mas logo ressalta: “a presença da Administração na relação contratual torna difícil a aplicação plena do direito privado”. Enfim, comentando o § 3º do art. 62 da Lei n. 8.666/93, conclui que “a remissão feita pelo art. 62, na verdade, publiciza tais contratos, quando a Administração figura como parte, pois pouco resta ao direito privado, como bem nota Marcos Juruena Villela Souto”. Caio TÁCITO (1997a:618), por força do disposto neste § 3º, afirma que na maioria dos casos “o contrato de direito privado se transfigura no contrato administrativo”. José dos Santos CARVALHO FILHO (2010:208) registra, a seu turno, que “o legislador praticamente acabou com os contratos privados da Administração”. No mesmo sentido, Sônia Yuriko Kanashiro TANAKA (2007:114).

teúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado” – como um dado decorrente de uma situação posta *a priori* no ordenamento jurídico, não criando nenhum mecanismo pelo qual a Administração tenha alguma margem de *opção* por um regime de Direito privado.

Aliás, por outro viés de análise, lembre-se que a ausência da duplicidade de jurisdição no Brasil⁴⁶⁸ torna desnecessária a distinção, pelo aspecto instrumental do controle jurisdicional, entre contratos administrativos e contratos de direito privado, retirando assim parte do interesse em tal distinção.

Constata-se, pois, que, na lógica da Lei geral sobre contratos da Administração, resta pequena margem para que se possa cogitar de um regime jurídico *substancialmente* diverso do seu.

Poder-se-ia supor, todavia, que mesmo dentro do seu regime jurídico público próprio coubesse um quê de privado. Com efeito, assim dispõe a Lei:

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

Porém, o regime publicístico da Lei é tão detalhado que quase nenhum aspecto de relevância sobrar para tal aplicação supletiva de princípios da teoria geral dos contratos e de regras de direito privado.

Por certo outras leis poderiam estabelecer – e, em certa medida, fazem-no – regimes jurídicos distintos, para contratos específicos⁴⁶⁹. Mas o fato que por ora se está destacando é que, levado ao pé da letra o regime da Lei geral, pouco sobra para que se possa falar de contratos da Administração regidos verdadeiramente pelo Direito privado⁴⁷⁰.

468 Por força da regra constitucional inscrita no art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

469 De rigor, há que se admitir, com Agustín GORDILLO (2003:XI-14), haver uma diversa gama entre os tipos *contrato administrativo* e *contrato de direito privado*, com matizes mais ou menos intensas de prerrogativas da Administração.

470 Em trabalho produzido quando a Lei n. 8.666/93 ainda era projeto, Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (1992:57) é contundente: “Aberrações, como as do atual art. 52, § 3º, do ‘Estatuto’, que manda aplicar dispositivos de direito público a contratos privados, devem ser evitadas, não só porque vão de encontro ao espírito da Constituição (art. 173, § 2º) como às tendências do Direito Administrativo contemporâneo, que prestigia a competição e foge dos privilégios em matéria econômica”.

Também considerando aberrante o sentido do atual art. 62, § 3º, da Lei n. 8.666/93, ver Marcos Juruena Vilella SOUTO (2004:280).

O aspecto das prerrogativas de autoexecutoriedade, seria, em tese, a única diferença que se pode notar em termos de regime jurídico de execução entre contrato administrativo e contrato privado da Administração⁴⁷¹.

Por outras palavras, há que se admitir que, no Brasil, a questão da definição do contrato administrativo por critério material ou orgânico é, atualmente, nos termos da Lei n. 8.666/93, resolvida em favor do segundo. A presença da Administração como parte no contrato induz a incidência de um regime peculiar de prerrogativas, independentemente de cogitações quanto ao objeto do contrato⁴⁷².

69. Considerações finais sobre as ideias expostas nesta Seção. Pode-se concluir, portanto, que não apenas no Brasil se usa conferir um tratamento excessivamente dogmático a institutos trazidos do Direito administrativo francês, onde não foram concebidos para ser aplicados como dogmas imutáveis, como também, especificamente no caso da teoria do contrato administrativo, sua importação se deu de modo a ampliar-se sensivelmente seu campo de aplicação.

471 Essa afirmação harmoniza-se com a conclusão a que se chegou no tópico 33, com base nas ideias de DUGUIT e KELSEN, sobre a distinção entre Direito público e privado resumir-se a, de um lado, de técnicas de *produção* do Direito – valendo-se do princípio da autonomia (democrático) ou do princípio da heteronomia (autocrático) – e, de outro, de técnicas de *execução* do Direito – decorrentes, no caso do Direito público, da exclusividade estatal do poder de imposição de sanções jurídicas, por meio do *bénéfice* (ou *privilège*) *du préalable*, que leva à autoexecutoriedade dos atos administrativos.

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (2010a:256/257), comentando os “traços distintivos entre o contrato administrativo e o contrato de direito privado” celebrado pela Administração, de início registra que “nem sempre é fácil a distinção” entre eles, vez que estes últimos têm seu regime “parcialmente derogado pelo direito público”. Em seguida mostra que – considerando o binômio “prerrogativas e sujeições”, próprio do regime jurídico administrativo – quanto às sujeições impostas à Administração, os regimes dessas duas espécies de contratos não diferem: regras sobre forma, procedimentos, competência e finalidade (“precisamente por essa razão é que alguns autores acham que todos os contratos da Administração são **contratos administrativos**”). Por fim, quanto às prerrogativas, mostra que estão sempre presentes nos contratos administrativos e podem, em alguma medida, também estar nos contratos de Direito privado (ex.: alteração ou rescisão unilateral, poderes de fiscalização), com exceção das que envolvem “executoriedade” (ex.: responsabilização do particular contratante sem recurso ao Judiciário, com aplicação direta de penalidades administrativas). A autora (2010a:258), com razão, ainda mostra que o contrato administrativo, em virtude da utilidade pública que dele diretamente resulta, distingue-se do contrato privado da Administração. Mas aí está uma distinção conceitual, que antecede a distinção de regimes jurídicos. (grifos no original)

Em um contrato de financiamento, ou de seguro (para citar exemplos do § 3º do art. 62 da Lei n. 8.666/93), o Estado, sendo a parte financiada ou segurada, dificilmente poderá modificar ou rescindir unilateralmente o contrato. Mas isso se passa mais em razão do regime específico desses contratos, do que por qualquer cogitação de se tratar de Direito público ou privado. Além do que, ainda que se desconsidere o regime específico, raramente o Estado conseguiria quem aceitasse financiá-lo ou segurá-lo sob o regime da Lei n. 8.666/93.

472 Isso como regra (conforme a Lei n. 8.666/93), ressalvadas variações decorrentes de leis especiais. Nesse sentido, ver Carlos Ari SUNDFELD (1994:203).

Acrescente-se a esses pontos a diferença histórica de contextos político-institucionais entre França e Brasil.

A tradição francesa de um Poder Executivo nacionalmente centralizado e forte, valendo-se de uma bem estruturada Administração, é compensada pela atuação da Justiça administrativa, que até poder-se-ia supor mais facilmente subordinável aos interesses do governo, mas que historicamente tem se mostrado um fundamental instrumento de combate do abuso de poder dos governantes.

Já, no Brasil, a tradição de um Poder Executivo da União nitidamente preponderante em termos de poder político em relação aos demais, centrado na figura pessoal do Presidente, tendente a abusos nem sempre coibidos – e, em tantos momentos da história, institucionalizados – acabou por acolher o regime de prerrogativas contratuais como reforçar a uma tendência autoritária da Administração.

Criou-se no Brasil, sobretudo na mentalidade da Administração e seus agentes, a ideia – ou, talvez, o pretexto – de que o reforço do poder da autoridade pública é sinônimo de garantia de respeito ao interesse público.

Esta mentalidade pode ser um dos principais fatores a explicar a dificuldade de se mudarem os dogmas em matéria de contratos administrativos que, desde algumas décadas, encontram-se cristalizados na legislação, reiterados na jurisprudência e defendidos por importante parte da doutrina.

É verdade, por outro lado, que na última década tem-se verificado uma tendência de mudança no panorama legislativo brasileiro em matéria de contratos administrativos. Essa tendência, no entanto, tem levado não à alteração direta de regras da Lei n. 8.666/93⁴⁷³ – aqui tomada como sustentáculo dos dogmas a que se referiu – mas sim à criação de novas figuras e novos regimes, nem sempre de modo coerente e certamente de modo pouco sistemático.

Esse aumento de complexidade das figuras contratuais, a justificar uma nova abordagem da matéria, será visto a seguir, na Parte III.

Sintetizando, pois, estas últimas ideias, pode-se afirmar que a distorção, em certa medida verificada na transposição do regime francês dos contratos administrativos para o Brasil, possui três notas principais:

- a) o reforço, em sentido em certa medida autoritário, de ideias construídas em outro contexto histórico;

473 O que não nega que, ao longo de sua vigência, a Lei n. 8.666/93 tenha sofrido diversas alterações pontuais; nem que tenham existido, ou ainda existam, diversos anteprojetos ou projetos para sua alteração, notadamente no tocante às licitações. Para uma análise de diversos deles, ver Carlos Pinto Coelho MOTTA (2006:641 e ss.) e Marcos Juruena Villela SOUTO (2004:465 e ss.).

- b) a cristalização, de modo dogmático, na legislação, destas ideias construídas jurisprudencialmente;
- c) a extensão do regime publicístico aos contratos celebrados pela Administração, tanto no sentido da publicização do regime dos contratos ditos privados, como no sentido da limitação de margem para a Administração trazer elementos privados para o regime público dos contratos.