

O CONTRATO DA ADMINISTRAÇÃO NOS MANUAIS DE DIREITO ADMINISTRATIVO

Seminário 1 | Expositor: Silvio Felipe Guidi | Rebatidora: Rafaella Guzela

A partir da leitura de capítulos relativos aos contratos administrativos das obras *Curso de Direito Administrativo*, do Prof. Alexandre Santos de Aragão,¹ e *Direito Administrativo*, da Prof.^a Maria Sylvia Zanella Di Pietro², discussão relativa à mutabilidade dos contratos administrativos foi proposta. Como norte do debate, uma questão relevante: os Princípios da Licitação, tais como o da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e da competitividade, são limites à mutabilidade dos contratos?

Quanto ao ponto, Prof. Eduardo Ramires traz uma crítica importante ao prestígio conferido à licitação em detrimento do próprio contrato. Não se pode ignorar que a licitação é, na verdade, um meio de obter a melhor contratação, e não um fim em si mesmo. Razão pela qual à licitação não se pode conferir uma importância maior do que aquela conferida ao contrato, sobretudo por um apreço irracional ao procedimento ou ao formalismo excessivo.

A licitação tem por função emular o mercado, possibilitando uma contratação pública eficiente. Finda esta etapa e celebrado o contrato, se deve entender superada a licitação. A finalidade da licitação é *contratar* – uma vez alcançada, ante a celebração do contrato, a licitação deveria morrer. Todavia, há que se ter cuidado para não reproduzir o mito de Totem e Tabu e, neste lugar vazio da morte, instituir uma “licitação” simbólica,

¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 353-380.

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2019, p. 293-409.

mantendo vivos os seus princípios e a eles submeter o contrato. O contrato deve ser regido sob sua própria lógica. Nas palavras do Prof. Marcos Perez, há que se deixar o contrato *respirar*.

Para além disso, a hipótese de mutabilidade dos contratos administrativos deve ser pressuposta por todo aquele que contrata com a administração pública. Se trata de uma prerrogativa prevista em lei e de uma prática corriqueira. Sua ocorrência não configura uma subversão das regras do jogo, portanto, pois as regras do jogo conhecidas no momento da licitação já contemplam a possibilidade de mudanças nos contratos acontecerem. O que significa dizer que são infundadas as alegações de que alterações unilaterais representam violação ao procedimento licitatório,

Sob esta óptica, outra questão emerge: a perspectiva ora defendida entende lícita a total e completa repactuação contratual, admitindo que sua feição originária dê espaço para um contrato completamente distinto daquele licitado? Em caso negativo, quais seriam as limitações a este espaço de mutação consensual?

Uma primeira perspectiva limitadora segmentaria as cláusulas do contrato entre cláusulas regulamentares e cláusulas econômicas, admitindo que as primeiras sejam alteradas, mas determinando que as segundas sejam preservadas. Nestas, assim, residiria o limitador para mudanças supervenientes. A leitura, todavia, não é precisa. Ainda que o reequilíbrio econômico-financeiro pressuponha recompor a economicidade do contrato diante de mudanças qualitativas, reestabelecendo a tensão entre *ônus x bônus* originalmente acordada e revelada pelas cláusulas econômicas, nada impede que mudanças nestas cláusulas (e mesmo nesta tensão) sejam consensadas entre as partes. Sobretudo quando imperativas para lidar com a materialização do imprevisto que coloca em risco a exequibilidade e a sobrevivência do contrato.

Assim, uma segunda perspectiva, não raro presente na doutrina, seria o objeto definido em Edital e sedimentado no subsequente contrato. Estaríamos diante de “*Vossa Excelência, O Objeto*”, nas palavras do Prof. Marcos Nobrega – eis que o objeto seria o cerne imutável do contrato administrativo. Todavia, no que consiste o objeto contratual?

A questão implica especial dificuldade nas contratações contemporâneas, ante a grande e crescente dificuldade de delimitar qual seria o *core* do contrato. Contratos que antes tinham por escopo a contratação de bens, agora tem como escopo a contratação de

serviços cada vez mais complexos que, não raro, envolvem soluções tecnológicas nada convencionais. A discussão migra, neste contexto, para a seara do direito de propriedade, ainda sem respostas sedimentadas na doutrina e jurisprudência.

A dificuldade em delimitar o que seria o objeto contratual e definir o que pode ou não ser alterado no curso da execução contratual, também se agrava com a maior complexidade dos contratos administrativos de prestação de serviços, sobretudo os de longo prazo, como os de concessão comum ou parcerias público-privadas.

Exemplo concreto disso, explorado pelo Prof. Marcos Perez, é concessão de transporte urbano que faz remissão, na cláusula de definição do objeto, a veículos a diesel. Por conter esta definição, seria correto cristalizar a qualificação “a diesel” como se integrante do núcleo duro do contrato, impedindo mutações para adequar o serviço de transportes à veículos menos poluentes e/ou mais econômicos?

Sob uma perspectiva demasiadamente formalista, a resposta seria negativa. Todavia, para muitos, uma adequada justificativa, devidamente formalizada, poderia resultar em um aditivo lícito de substituição dos veículos a diesel por outros mais modernos, eficientes e econômicos. O que, por um lado, gera dúvidas para o administrador: a justificativa confere segurança jurídica suficiente para eu adotar a medida de substituição dos veículos a diesel, ou meu CPF estará em risco?

Por outro lado, caso se presuma que, sob o manto de uma boa justificativa, qualquer mutação seria lícita, não estaria conferindo demasiada amplitude para as alterações do contrato? Justificativas são flexíveis e subjetivas - é possível construí-las em diferentes sentidos, a depender do resultado pretendido que se pretenda sedimentar.

A discussão aponta para a necessidade de repensar a teoria sobre a mutação de contratos administrativos. É necessário superar velhos preceitos (por exemplo, os que enfrentam o tema sob a óptica dos princípios licitatórios) e considerar complexidades que não mais permitem estabelecer limites à mutabilidade com lastro em uma tese formalista de preservação do objeto. Ao que parece, é hora de trocar o objeto contratual por objetivos, admitir que contratos administrativos complexos se fundam na certeza da incerteza e acolher uma nova conduta administrativa pautada na superação de desafios e conflitos por meio da consensualidade.