

FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA

Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)

Livre-docente e Doutor pela mesma Faculdade

CONTRATO ADMINISTRATIVO

Editora Quartier Latin do Brasil
São Paulo, inverno de 2012
quartierlatin@quartierlatin.art.br
www.quartierlatin.art.br

A mutabilidade do contrato de concessão pode se dar tanto (de modo indireto) em razão de seu objeto ser, por sua própria natureza, mutável, como (de modo direto) em razão de o contrato em si, por opção legislativa, ser mutável⁵⁹⁵.

SUBSEÇÃO 3 – MÓDULOS CONVENCIONAIS INSTRUMENTAIS

93. Módulos convencionais instrumentais. São exemplos do que se está chamando de *módulos convencionais instrumentais*:

- a) os contratos de *obras, serviços, compras, alienações e locações*, a que se refere a Lei n. 8.666/93, art. 1º;
- b) os contratos previstos em leis especiais que dispõem sobre gestão dos bens públicos⁵⁹⁶, como é o caso do *arrendamento, da enfiteuse, da superfície*;
- c) os contratos que a Lei n. 8.666/93, art. 62, § 3º, I, diz terem seu “conteúdo regido predominantemente, por norma de direito privado”, como o *seguro, o financiamento e a locação* em que o Poder Público seja locatário;
- d) os contratos em que a Administração atua *prestando serviços* que caracterizem atividades econômicas em sentido estrito;
- e) os contratos em que a Administração for parte como *usuária de serviço público*, mencionados na Lei n. 8.666/93, art. 62, § 3º, II;
- f) o *contrato de trabalho*, previsto na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Os *módulos convencionais instrumentais* possuem uma tipicidade bastante elástica.

Em parte isso decorre da opção legislativa contida na Lei n. 8.666/93, de se valer de elementos mais genéricos – v.g., a ideia de *alienação* comporta vários tipos contratuais, tais como venda, permuta, doação; a ideia de *prestação de serviços* também comporta uma extensa variedade de tipos de serviços, muitos dos quais usam ser nominados na prática jurídica, como por exemplo contrato de edição, de transporte, de manutenção.

595 Essas ideias serão retomadas no tópico 119.

596 E que devem ser buscadas no ordenamento jurídico próprio de cada ente da Federação no Brasil; além de leis nacionais como o Código Civil e o Estatuto da Cidade.

Mas também decorre da inclusão, nessa categoria, de tipos previstos em leis ditas de Direito privado, ou mesmo em leis em matéria de Direito administrativo, porém invocando tipos definidos pelo Direito privado.

Por essa razão, não parece produtora – diferentemente das abordagens realizadas quanto aos *módulos convencionais de cooperação* e aos *módulos convencionais de concessão* – oferecer considerações específicas sobre cada exemplo acima dado de *módulos convencionais instrumentais*.

Essa razão se reforça pelo fato de – como decorre do próprio critério de identificação desse grupo de módulos convencionais – os objetos contratuais em questão não serem específicos, nem mesmo típicos, da função pública da Administração.

Esse último, aliás, é o aspecto que merece ser ressaltado. Esses contratos não possuem um objeto que justifique um tratamento diferenciado – de Direito público – desde o plano legislativo, em razão de não serem inerentes à função da Administração.

Por certo, a afirmação que se acaba de fazer tem um sentido subjetivo de política legislativa. Isso não nega que o legislador, concretamente, faça ou tenha feito opções diversas, como se passa com a Lei n. 8.666/93⁵⁹⁷.

Acolhe-se, pois, a opinião de Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO (2007:681/682) quando afirma que, ressalvado o contrato de concessão, os demais contratos administrativos nos moldes da concepção francesa⁵⁹⁸ não têm “por objeto matéria própria do Direito Administrativo”, correspondendo, pelo objeto, a contratos semelhantes aos insertos no Código Civil⁵⁹⁹.

597 No Direito francês, como visto, na formulação doutrinária de JÈZE, venda, locação e certos *marchés* de fornecimento eram considerados “contratos de direito civil” (ver tópico 41). Com o Código de *Marchés Públicos*, de 2001, o legislador optou por considerar “administrativos”, para efeitos de submissão à jurisdição administrativa, os contratos celebrados com base nessa lei; ainda assim, admite que nesses contratos haja elementos do regime privado (ver tópico 50).

598 Aliás, em matéria de Direito francês, lembre-se a já citada observação de Laurent RICHER (2006:345), segundo a qual, os *marchés publics*, por seu objeto, são semelhantes aos contratos que os particulares celebram entre si, identificando-se com os contratos de compra e venda e de prestação de serviços do direito privado.

599 E exemplifica:

“Realmente, o de obra pública **corresponde** ao de empreitada; o de fornecimento público ao de compra e venda e mesmo de empreitada, se houver ajuste sobre feitura de bem móvel; o de empréstimo público ao de mútuo; o de oferta de concurso público ao de financiamento ou doação, conforme a hipótese.

“São havidos como contratos públicos não pelo objeto da relação, porém por deles participar a Administração Pública, para efetivar obra ou serviço público, ou dizerem respeito a bem que constitui meio para realização daquele fim” (Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO (2007:681/682).

94. **Contratos de compra, alienação, obra e serviço.** Os contratos indicados expressamente no art. 1º da Lei n. 8.666/93, encontram sua definição na própria Lei⁶⁰⁰. Mas, independentemente do nome, têm identidade de objetos com contratos definidos pelo Código Civil. É o caso do contrato de obra em relação à empreitada (Código Civil, arts. 610 e segs.); do contrato de serviços em relação à prestação de serviços (Código Civil, arts. 593 e segs.⁶⁰¹); do contrato de compra em relação à compra e venda (Código Civil, arts. 481 e segs.); do contrato de alienação em relação à mesma compra e venda, ou à permuta (Código Civil, arts. 533 e segs.), ou à doação (Código Civil, arts. 538 e segs.)⁶⁰²; do contrato de locação em relação à figura de mesmo nome (seja a

600 "Art. 6º. Para os fins desta Lei, considera-se:

I – Obra – toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta;

II – Serviço – toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;

III – Compra – toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente;

IV – Alienação – toda transferência de domínio de bens a terceiros;".

A locação, citada no referido art. 1º, não vem definida no art. 6º e nem ganha "seção" própria no corpo da Lei, como ganham os demais quatro; em lugar disso, aparece mencionada – impropriamente, se considerado um maior rigor de sistematização – na seção pertinente à alienação (art. 17, I, "f" e "h"). De todo modo, há que se compreender ser a esta a locação que tem a Administração por locadora; isso porque a que tem a Administração como locatária é referida no art. 62, § 3º, I da Lei n. 8.666/93, de modo conjunto com outros contratos com conteúdo "regido predominantemente por norma de direito privado".

As definições contidas no art. 6º são, como consta do texto, definições para o fim de aplicação da própria lei. A lei também define elementos relativos aos modos de execução dos contratos (v.g., tipos de empreitadas) e certas qualificações que implicam a incidência de regras peculiares da Lei (v.g., obras, serviços e compras de grande vulto). Quanto a considerações doutrinárias sobre a matéria, ver, entre outros, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (2010a:328 e 333); Marçal JUSTEN FILHO (2010:420/421); Odete MEDAUAR (2010:218/219).

601 Valendo lembrar que o Código Civil trata, como tipos especiais, de contratos que, em essência, implicam serviços; p. ex.: transporte (arts. 730 e segs), corretagem (arts. 722 e segs) e agência e distribuição (arts. 710 e segs).

602 Note-se que a expressão "compra" tem sentido mais restrito do que "alienação", se comparadas ao binômio "compra e venda". A Lei n. 8.666/93 define compra como envolvendo remuneração, elemento que não é necessário segundo a definição de alienação dada pela mesma Lei. Nesse sentido, a "doação" (como referida no Código Civil) estaria incluída no sentido de alienação da Lei n. 8.666/93 (que a ela se refere especificamente em outros dispositivos – art. 17, I, "b"; II, "a"; e § 4º), mas não no de compra. Todavia, é lícita, por óbvio, a doação tendo a Administração como donatária, seja por disposição em normas específicas (ex.: constituições estaduais, leis orgânicas de Municípios, ou mesmo leis em geral), seja por decorrência do Código Civil. Note-se ainda, a propósito de alienações, que a Lei n. 8.666/93 dá nome próprio a uma modalidade de alienação, a investidura (art. 17, § 3º); e traz regras específicas para vendas relativas a certos objetos. A Lei n. 8.666/93, ao tratar de alienações, admite a dação em pagamento (art. 17, I, "a"), a qual, contudo, não caracteriza tipo contratual e sim modo de extinção de obrigação (Código Civil, arts. 356 e ss.); e também traz regras sobre contratos que não implicam verdadeira alienação (como aforamento ou concessão de direito real de uso – art. 17, I, "f", "h", "i" e §§ 2º, 2º-A e 2º-B).

locação de coisas do Código Civil, arts. 565 e segs., seja a locação de imóveis urbanos prevista na Lei n. 8.245/91).

Estes contratos mencionados na Lei n. 8.666/93 seguem uma lógica muito similar à dos *marchés publiques* do Direito francês, cuja definição legal, recorde-se, refere-se ao atendimento, pela Administração Pública, de “suas necessidades em matéria de obras, de fornecimentos⁶⁰³ ou de serviços”.

A propósito ainda dos contratos em espécie disciplinados pela Lei n. 8.666/93, cabe lembrar o procedimento de *registro de preços*, que a Lei prevê especialmente para compras. Desse procedimento resulta uma *ata* que, como mostra Márcio CAMMAROSANO (2009:135/136) é algo mais do que um “mero registro” – como o nome *ata* sugeriria –, consistindo em “acordo de vontades que consubstancia, ele mesmo, obrigações que se assumem”, obrigações que têm por objeto contratações subsequentes. A *ata de registro de preços*, portanto, já possui natureza contratual.

95. Contratos para a gestão de bens públicos. Já no tocante ao grupo de contratos citado para exemplificar o caso de gestão de bens públicos – como o arrendamento, a enfiteuse (ou aforamento), a superfície e mesmo a locação (em que a Administração seja locadora)⁶⁰⁴ – percebe-se diferença quanto à sua finalidade, em relação aos contratos assimiláveis aos *marchés*.

603 Quanto à expressão *fornecimento*, como designação de tipo contratual, no Direito brasileiro vigente, verifiquem-se os esclarecimentos de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (2010a:333):

“**Fornecimento** é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública adquire bens móveis e semoventes necessários à execução de obras ou serviços.

“Quanto ao conteúdo, não se distingue do contrato de compra e venda; por isso mesmo, alguns negam que exista como contrato administrativo. Inexplicavelmente, em apenas mais um dos inúmeros vícios de técnica legislativa contidos na Lei n. 8.666/93, ela se refere às compras nos artigos 15 e 16, dentro de uma seção específica; no entanto, fala em **fornecimento** na seção referente às **obras e serviços**, dando a entender que somente considera como **fornecimento** as compras vinculadas a contratos de obras e serviços. Confira-se, a esse propósito, a norma do artigo 9º, só aplicável ao **fornecimento** tal como considerado na lei, excluindo, portanto, as **compras** não vinculadas a contratos de obras e serviços.

“Quando se trata de compra para entrega imediata e pagamento à vista, não há que se falar, realmente, em contrato de fornecimento como contrato administrativo. Em nada difere da compra e venda, a não ser pelo procedimento prévio da licitação, quando for o caso, e demais normas previstas nos artigos 15 e 16.

“Ele só apresentará as características de contrato administrativo, em que a Administração Pública aparece em posição de supremacia, com privilégios assegurados por meio das cláusulas exorbitantes, quando se tratar de fornecimento **contínuo, parcelado** ou quando o fornecimento for integral, porém para entrega futura” [grifos no original].

604 Que, como visto, é citada, mas não disciplinada pela Lei n. 8.666/93. Em se tratando de bens imóveis da União, a matéria é regida pelo Decreto-Lei n. 9.760/46, arts. 86 e ss., com um regime próprio (distinto do das locações prediais urbanas privadas, traçado pela Lei n. 8.245/91), que admite, por exemplo, no art. 89, III, a regra geral da rescisão por interesse público (“quando o imóvel for necessário a serviço público”), mas igualmente admite que essa regra

No caso dos contratos “assimiláveis aos *marchés*”, está em questão o atendimento direto de uma necessidade da Administração, ainda que envolvida em suas atividades-meio. No caso dos contratos empregados na gestão de bens públicos, a necessidade específica da Administração é atendida de modo mediato, posto que no sentido imediato o fim visado é a renda a ser obtida com o contrato⁶⁰⁵, combinada ou não com a ocupação do bem por terceiros, mantendo-se a propriedade da Administração⁶⁰⁶.

Arrendamento, enfiteuse, superfície, locação também se distinguem finalisticamente dos módulos convencionais que se caracterizam como concessão (no caso, de bens), nos quais o fim a que visa a Administração tem relação direta com a utilidade pública do uso que o concessionário dará ao bem, ou, ainda à preservação ao próprio bem.

É certo que aparentemente resta tênue a distinção finalística entre figuras que implicam o estabelecimento de direito real sobre bem pertencente ao Estado: de um lado enfiteuse e superfície e de outro aquelas figuras enqua-

possa ser contratualmente afastada (“desde que não tenha a locação sido feita em condições especiais, aprovadas pelo Ministro da Fazenda”).

605 Note-se, a propósito, que a doutrina italiana usa distinguir “contratos ativos” de “contratos passivos”, os primeiros sendo aqueles pelos quais a Administração busca rendas, “entradas” orçamentárias; os segundos, aqueles pelos quais a Administração busca bens e serviços, importando despesas do ponto de vista orçamentário (Elio CASSETTA, 2006:371). Por esse critério, a “alienação” (prevista na Lei n. 8.666/93), deveria se agrupar com este grupo de contratos que se está citando quanto à gestão de bens públicos. Todavia, foi referida com o grupo anterior de exemplos, pelo critério de estar expressamente inserida na Lei n. 8.666/93.

606 Verifiquem-se, a respeito dos bens da União, a definição que o Decreto-Lei n. 9.760/46 oferece para algumas dessas figuras:

“Art. 64. Os bens imóveis da União não utilizados em serviço público poderão, qualquer que seja a sua natureza, ser alugados, aforados ou cedidos.

§ 1º A locação se fará quando houver conveniência em tornar o imóvel produtivo, conservando porém, a União, sua plena propriedade, considerada arrendamento mediante condições especiais, quando objetivada a exploração de frutos ou prestação de serviços.

§ 2º O aforamento se dará quando coexistirem a conveniência de radicar-se o indivíduo ao solo e a de manter-se o vínculo da propriedade pública”.

Note-se que a cessão, a que se refere o § 3º desse art. 64, foi incluída no grupo de *módulos convencionais de cooperação* (ver tópico 82).

O direito de superfície, a ser contratualmente estabelecido, foi introduzido no Direito brasileiro pelo Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/01) e posteriormente também disciplinado pelo Código Civil. Sobre o tema, ver Maria Sylvania Zanella DI PIETRO (2010b). O autor desta tese também teve a oportunidade de se manifestar a respeito (Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA, 2004:163 e ss.).

Quanto ao arrendamento, aplicado a portos, vale a ressalva feita por Marçal JUSTEN FILHO (2010:1091): “Lembre-se que a Lei n. 8.630/93 previu a utilização do arrendamento para a cessão do uso de áreas públicas destinadas a instalações portuárias. Essa solução deve ser interpretada com cautela, especificamente nas hipóteses de destinação para instalações portuárias de uso público, hipótese em que existirá uma concessão de serviço público”.

dradas como concessão de bens (concessão de direito real de uso, concessão de uso especial para fins de moradia).

Assiste razão a Marçal JUSTEN FILHO (2010:1091) quando observa, no tocante às concessões, que “a grande diferença entre concessão de serviço e concessão de uso reside na posição jurídica do concessionário”, vez que, no primeiro caso, o “concessionário desempenha função pública e assume encargos próprios e típicos do Estado”, o que não haveria no caso da concessão de uso. Esta gradação da presença do interesse público é perceptível.

Todavia, propõe-se aqui entender com moderação a afirmação seguinte do autor no sentido de que na concessão de uso o concessionário “não assume nenhum interesse público específico e definido, até se admitindo que lhe seja facultado valer-se do bem para satisfação exclusiva e privativa de seus interesses egoísticos” (Marçal JUSTEN FILHO, 2010:1091).

Ora, tem-se sustentado nesta tese que a concessão – não meramente por força do nome que se dê legislativamente a certa figura, mas pela essência mesma da concessão – implica objeto contratual vinculado à função pública.

Portanto, ao se tratar da concessão (simples) de uso de bem público, filia-se aqui ao entendimento doutrinário de que o uso tenha de ser feito de acordo com a destinação do bem (Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, 2010a:698; Odete MEDAUAR, 2010:257), o que necessariamente importa atendimento à função pública.

E no tocante às concessões de direito real reforçado – que, nesse aspecto, mais se aproximariam da enfiteuse e da superfície – as respectivas leis restringem seu cabimento a certos usos específicos⁶⁰⁷, que vinculam a validade do contrato, o que igualmente importa atendimento à função pública, fato que não se dá com as definições legais de enfiteuse (ou aforamento) e de superfície⁶⁰⁸.

96. Contratos regidos “predominantemente” pelo Direito privado. De mais difícil compreensão é o alcance da previsão do art. 62, § 3º, I, da Lei n. 8.666/93 quanto a haver contratos celebrados pela Administração Pública, cujo conteúdo seja regido “predominantemente” por normas de Direito privado, aos quais, entretanto, se apliquem “no que couber” as regras atinentes às prerrogativas típicas do regime público⁶⁰⁹.

607 Ver tópico 91.

608 Respectivamente Decreto-Lei n. 9.760/46, arts. 99 e ss.; e Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/01), arts. 21 e ss., ou Código Civil, arts. 1369 e ss.

609 Note-se que o citado art. 62, § 3º, I, invoca os arts. 55 e 58 a 61, além das “demais normas gerais”. O grande problema em relação ao regime privado está no art. 58 e nas “nomas gerais”

Já se afirmou anteriormente⁶¹⁰ que essa proposição da Lei encerra contradição em seus próprios termos: ou bem não caberá em nenhum aspecto incidirem os poderes de ação unilateral autoexecutória da Administração – que constituem a essência do regime de Direito público –, ou bem não *predominará* o Direito privado.

A doutrina brasileira⁶¹¹ aborda o problema suscitado por esse dispositivo de diversos modos, com vistas a uma solução em face do Direito positivo. Concentre-se o foco na questão das prerrogativas da Administração enquanto parte contratual, pois, como visto, aqui está o cerne do problema.

Odete MEDAUAR (2010:236), em passagem já citada⁶¹², destaca o potencial do art. 62 da Lei n. 8.666/93 de publicizar os ditos contratos de Direito privado.

Marçal JUSTEN FILHO (2010:559) propõe dois limites para que a Administração publicize tipos contratuais: a) uma limitação econômica: “há hipóteses em que a aplicação do regime de direito público produziria efeitos extremamente onerosos para a Administração Pública – tão onerosos que haveria um sacrifício dos interesses estatais e o comprometimento dos direitos fundamentais. A Administração é constrangida a recorrer aos contratos de direito privado, porque essa é a única alternativa economicamente disponível”; b) uma limitação jurídica: “certas atividades não comportam a aplicação do regime de direito público, porque isso produziria a desnaturação do mercado privado, da livre concorrência e de outros valores protegidos constitucionalmente”.

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (2010a:257) sustenta que, nos contratos de Direito privado, “excepcionalmente, algumas cláusulas exorbitantes podem constar, mas elas não resultam implicitamente do contrato; **elas têm que ser expressamente previstas**⁶¹³, com base em lei que derroque o direito

deles decorrentes. Como observa Marçal JUSTEN FILHO (2010:559), “as regras dos arts. 55, 60 e 61 não apresentam maior controvérsia. Disciplinam requisitos de forma na contratação. Inexiste conflito entre esses princípios e os do direito privado”. E, por certo, a referência às “demais normas gerais” deve ser entendida com cautela: levada ao extremo, haveriam de ser aplicados todos os dispositivos da Lei n. 8.666/93, que se autodefine lei de normas gerais.

610 Ver tópico 68.

611 Já quanto à jurisprudência, a questão da distinção entre contratos administrativos e contratos privados da Administração não tem suficiente presença nos tribunais superiores no Brasil, não se podendo, pois, apontar a existência de tendência jurisprudencial consolidada que ajude a concluir com maior precisão acerca de critérios conceituais para identificação das figuras e de seus regimes jurídicos.

612 Ver tópico 68.

613 Grifo no original.

comum". No mesmo sentido, José dos Santos CARVALHO FILHO (2010:208) entende que este é o sentido da expressão "no que couber", contida no § 3º do art. 62 da Lei n. 8.666/93: o regime de Direito público caberá quando expressamente previsto no instrumento contratual.

Assimilando-se essas ideias, pode-se concluir que a solução concreta do problema há que passar por uma verificação, em cada caso, da existência de lei específica aplicável. Por outras palavras, a discussão posta nos termos genéricos "norma de Direito privado" *versus* "norma de Direito público" não esclarece o alcance concreto do Direito positivo.

Assim, tem-se, como regra⁶¹⁴, a potencial extensão do regime da Lei n. 8.666/93 aos contratos celebrados pela Administração; a extensão deste regime, porém, pode ser obstada por lei específica aplicável ao caso concreto; e, por fim, sempre caberá um controle de constitucionalidade do Direito aplicável a cada caso, especialmente com base nas ideias de que certos segmentos da atividade econômica empresarial poderiam ver seu regime de livre concorrência afetado pela intromissão de certas regras de Direito público e de que a inviabilidade econômica de certas contratações atentaria contra certas normas constitucionais relativas à eficiência e economicidade.

Com efeito, no caso do seguro – um dos exemplos dados pela Lei n. 8.666/93 – à evidência existe suficiente legislação específica regendo o respectivo segmento econômico, o qual seria desequilibrado, se o Estado pudesse impor, nos seus contratos, medidas excepcionais de ação unilateral e autoexecutória. Ademais, dificilmente o Estado encontraria quem contratar se não seguisse as regras usuais de mercado.

O mesmo se diga quanto ao financiamento privado, ao *leasing*⁶¹⁵ e à locação em que a Administração for locatária – lembre-se, quanto a esse último caso, que o Direito já dá instrumentos de ação unilateral e autoexecutória ao Estado para desapropriar certo bem necessário à função pública, ou para quanto a ele instituir servidão, ou para ocupá-lo provisoriamente, ou ainda para requisitá-lo.

Vale também mencionar, em que pese não expressamente indicado no art. 62, § 3º, I, da Lei n. 8.666/93, o contrato de franquia, vez que tem

614 Não que se a defenda em termos de política legislativa.

615 Este lembrado por Odete MEDAUAR (2010:236) e Marcos Juruena Vilella SOUTO (2004:302 e ss.). Este último autor ainda se refere a outros contratos bancários (p. ex.: contrato para abertura de conta para recebimento de títulos e pagamento de servidores) e contrato de licença para uso de *softwares* (2004:315 e ss.).

recebido utilização na prática, notadamente pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, tendo sido acolhido pela Lei n. 11.668/08⁶¹⁶.

É contrato que em sua formulação conceitual doutrinária, bem como em sua previsão legislativa geral no Brasil⁶¹⁷, encontra sede no “Direito privado” – “franquia empresarial”. Todavia, mesmo antes da edição da Lei n. 11.668/08, nada impedia sua utilização pela Administração⁶¹⁸.

Nesse caso, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (2009a:205/206) mostra como a franquia pode ser “forma de terceirização⁶¹⁹ de atividades acessórias ou complementares”, quando tem a natureza de *prestação de serviços* sujeita às normas da Lei n. 8.666/93, nos termos de seu art. 62, § 3º, I; ou pode ser modalidade de *concessão*, quando outorga a terceiros a execução de atividade-fim sua, sujeitando-se às normas da Lei n. 8.987/95⁶²⁰.

97. Contratos de prestação de serviços pela Administração. Situação mais típica e pacífica de incidência de um regime jurídico próprio do Direito privado ocorre em relação a contratos em que a Administração atua *prestando serviços* que caracterizem *atividades econômicas em sentido estrito*.

Já se lembrou⁶²¹ que as empresas estatais que exploram atividades econômicas devem seguir o mesmo regime das empresas privadas no tocante às suas obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias, portanto, tendo seus contratos sujeitos ao mesmo regime das empresas privadas (Constituição Federal, art. 173, § 1º, II).

616 Dispõe a Lei, no § 1º de seu art. 1º, que “sem prejuízo de suas atribuições, responsabilidades e da ampliação de sua rede própria, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT poderá utilizar o instituto da franquia de que trata o caput deste artigo para desempenhar atividades auxiliares relativas ao serviço postal”.

617 Lei n. 8.955/94.

618 Nesse sentido, o entendimento de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (2009a:205), que ainda argumenta com a celebração de contratos de concessão antes mesmo da edição de lei a respeito.

619 Aliás, sobre *terceirização* a autora dedica um capítulo na obra ora citada, que versa sobre parcerias na Administração Pública, porém conclui-se de sua exposição tratar-se de uma técnica de gestão administrativa e não de um tipo contratual, os quais, seriam, conforme o caso, empreitada de obra e de serviço, locação de serviços (fornecimento de mão de obra) e mesmo a franquia (Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, 2009a:213).

620 Integrando o gênero concessão, a franquia guarda como diferença específica agir o franqueado “sob o nome do franqueador, utilizando sua marca e suas técnicas de atuação” (Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, 2009a:209). Sobre o tema, ver também Alexandre Santos de ARAGÃO (2007:736/738).

Odete MEDAUAR (2010:341) aponta, historicamente na Inglaterra e nos Estados Unidos, o papel semelhante de franquia e concessão de serviço público. Ver ainda Marçal JUSTEN FILHO (2003a:147) quanto ao entendimento de ser inadmissível o uso da franquia no Brasil “como instrumento de delegação de serviços públicos a particulares”, em lugar de concessão ou permissão.

621 Ver tópico 60.

Esta afirmação foi antes feita quanto aos contratos que elas celebrem em sede de suas atividades-meio, ou seja, contratos pelos quais suprem suas necessidades para que possam prestar suas atividades-fim.

Mas essa afirmação também vale para os contratos que celebrem ao desempenhar suas atividades-fim consistentes na exploração de atividade econômica em sentido estrito.

Com efeito, a previsão constitucional relativa à isonomia das pessoas estatais ou privadas que exploram atividade econômica, em defesa da livre concorrência no regime de livre iniciativa, vale igualmente – e sobretudo – nessa hipótese.

Assim sendo, não cabe cogitar de eventual prerrogativa típica do “contrato administrativo” para o ente da Administração que celebre, como prestador, contrato tendo objeto caracterizado como atividade econômica⁶²².

Via de regra esse ente da Administração será uma empresa estatal, mas nada impede – ainda que não seja usual – que se trate de pessoa da Administração Direta, como se passava nos casos, hoje menos frequentes, de hotéis explorados pelo Estado, ou, para lembrar um exemplo ainda existente no Estado de São Paulo, no caso da Estrada de Ferro Campos do Jordão, que explora linha de trem turístico e um parque de diversões, incluindo um teleférico, naquela estância paulista.

98. Contratos que têm a Administração como usuária de serviços públicos. A Lei n. 8.666/93, art. 62, § 3º, II, dá aos contratos celebrados pela Administração como usuária de serviços públicos tratamento assemelhado aos contratos que diz regidos predominantemente pelo Direito privado.

Daí não se deve, por certo, extrair o sentido de que as relações que envolvam prestação de serviços públicos sujeitem-se ao Direito privado. Mas sim o sentido de que como usuária de serviços públicos, não há razão para que a Administração tenha prerrogativas típicas do “contrato administrativo” em relação ao outro ente público (ou atuando por delegação do Poder Público) que preste os serviços.

Com efeito, tais prerrogativas foram concebidas para se garantir a prestação do serviço público tomado em seu sentido de dever imposto ao Estado no plano normativo geral e abstrato; e não para constituírem defesa do usuário, exercitável em cada caso concreto em face do prestador – defesa essa que existe no Direito, mas não por via do contrato administrativo.

622 Nem mesmo, por outro lado, da obrigação de licitar para se celebrarem tais contratos (ver Marçal JUSTEN FILHO, 2005:18).

Mas a menção aos contratos pelos quais a Administração Pública é usuária de serviços públicos traz à tona a questão da própria natureza da relação jurídica estabelecida em torno da prestação de serviços públicos.

Como regra, a relação do prestador de serviço público com o usuário não é tratada como objeto de *módulo convencional*, mas como resultante de situação jurídica objetiva de caráter unilateral⁶²³.

A própria noção de usuário do serviço inclui a de usuário *potencial*⁶²⁴, portanto não se tratando de uma situação jurídica adquirida por *ato subjetivo*, mas decorrente de regra geral e abstrata anteriormente posta. Esse usuário *potencial* se torna *efetivo* no momento em que procura voluntariamente o serviço.

Todavia, aquilo que se está a afirmar como regra não impede que certas relações jurídicas que envolvem a prestação de serviços, ditos públicos, possam implicar uma adicional formalização por contrato. E argumento de reforço à possibilidade de existência de contrato envolvendo a relação entre prestador e usuário de serviço público é a já referida previsão, na Lei n. 8.666/93, como se acaba de expor, de *contrato* em que a Administração é parte como *usuária de serviço público*.

Isso se passa quanto aos serviços que doutrinariamente se usam dizer *comerciais e industriais* – que visam a atender “necessidades coletivas de ordem econômica” (Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, 2010a:110), sem se confundir com as atividades econômicas em sentido estrito⁶²⁵ –; e não com os *sociais* – que se impõem ao Estado com a finalidade de satisfação de necessidades essenciais à integridade e ao desenvolvimento da própria sociedade (como é o caso de educação, saúde, seguridade social).

Ora, no caso de algumas atividades tidas como serviços públicos, com natureza comercial e industrial, além da situação jurídica impositiva da prestação que já decorreria da lei, podem o prestador e o usuário convencionar

623 Nesse sentido, a posição de Marçal JUSTEN FILHO (2010:710):

“O serviço público é prestado porque assim o impõe a lei, que fixa as condições gerais atinentes à prestação e à fruição. Essas condições são detalhadas por atos administrativos e podem ser alteradas a qualquer tempo. A fruição do serviço público não envolve um vínculo contratual entre o usuário e o prestador de serviço, mas uma situação jurídica de natureza unilateral.”

“O usuário do serviço manifesta sua vontade no sentido de fruir os benefícios e de subordinar-se ao regime jurídico pertinente ao serviço público. Não há acordo de vontades, mas manifestação de vontade individual, que é condição para a fruição do serviço.”

624 Alexandre Santos de ARAGÃO 2007:538/539; Marçal JUSTEN FILHO, 2003a:549. Ainda sobre a situação jurídica do usuário na concessão de serviço público, ver Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (2009a:94); Dinorá Adelaide Musetti GROTTI (2003:336 e ss.).

625 Estas tratadas pelo art. 173 da Constituição Federal. Sobre o conceito de atividade econômica em sentido estrito, ver, entre outros, Eros Roberto GRAU (2008:108/109).

acerca de certos modos especiais pelos quais deva ocorrer a prestação, v.g., estabelecendo peculiaridades em relação à configuração do objeto, ou definindo tarifa especial em razão do volume de serviço. Isso é comum acontecer, por exemplo, com certos serviços prestados pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, incluídos no sentido de serviços postais; ou pela Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP)⁶²⁶.

Sobre essa situação de contratos entre prestadores e usuários, referentes à prestação de serviços públicos, três observações adicionais podem ser feitas.

Em primeiro lugar, é de se notar que eventual complemento contratual, criador de situação subjetiva, não exclui a origem legal da obrigação de prestar o serviço, inserida em situação objetiva.

Em segundo lugar, por uma constatação prática (e não por uma imposição constitucional ou legal), na maioria dos casos a prestação se dá por empresas estatais, que, entretanto, serão consideradas prestadoras de serviços públicos e não exploradoras de atividades econômicas, não se aplicando nessa situação os argumentos decorrentes do disposto no art. 173 da Constituição Federal.

Em terceiro lugar, mesmo que se trate de um contrato não sujeito às mesmas regras obrigacionais aplicáveis às relações entre empresas privadas, não faz sentido aplicar aqui o mesmo argumento finalístico, referente ao serviço público, que justifica a mutabilidade da concessão de serviço público – e que se situa na origem da teoria do contrato administrativo.

Isso porque, na concessão, o argumento opera em defesa do serviço, ante eventual pretensão em sentido contrário do concessionário; por outras palavras, resguarda-se o interesse do usuário (ou da própria sociedade, vez que não se trata, nesse ponto, do interesse de um usuário individualmente identificado) em receber o serviço.

Já no caso que se está discutindo, o interesse do usuário é intrínseco à própria relação contratual. A mutabilidade desse contrato afetaria o interesse do usuário, desfigurando, portanto, em certa medida, o serviço público a ser prestado como já acordado concreta e individualmente.

É certo que o aspecto objetivo da situação jurídica que envolve a prestação de um serviço público sempre pode ser alterado, como se passa com qualquer

626 Consta, p. ex., do sítio de internet da SABESP, o “contrato de demanda firme” pelo qual “clientes comerciais e industriais que demandam grandes volumes de água podem obter melhores condições de preços e tarifas” (<<http://site.sabesp.com.br/site/interna/Default.aspx?secaoId=133>>). Sobre o tema, ver Maria Sylvania Zanella DI PIETRO (2009a:95).

ato-regra. Porém, o aspecto complementar dessa relação, contratualmente estabelecido, deve seguir a lógica de uma situação jurídica subjetiva; e se alguma regra estiver contida nesse contrato, a estabelecer certas “prerrogativas” à Administração (seja na posição de prestadora, seja na posição de usuária), isso decorrerá do acordo das partes e não da natureza do objeto.

99. Contrato de trabalho. Encerrando esse bloco dos *módulos convencionais instrumentais*, cabe uma breve menção aos contratos de trabalho, que a Administração Pública celebre com seus empregados, pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)⁶²⁷.

Quanto aos seus agentes, tomada esta expressão em sentido amplo, a Administração pode manter tanto vínculo decorrente de normas especialmente criadas para essa situação (nos comumente chamados “estatutos” de servidores públicos), como seguir o regime traçado na CLT, o mesmo aplicável em geral quanto às relações de trabalho no setor privado.

Os vínculos que envolvem o regime da CLT se estabelecem mediante um contrato típico, chamado *contrato de trabalho*. Esse regime, no caso dos empregados públicos, conforma-se também pelas normas constitucionais pertinentes (ainda que não previstas na CLT) e eventuais dispositivos contidos em leis especiais.

Não cabe, todavia, aprofundar a questão, senão apontar que não se cogita de dar tratamento teórico a esses contratos pelo viés da teoria do contrato administrativo. Não apenas isso não teria base em Direito positivo, como igualmente se afastaria dos pressupostos que justificam aquela teoria⁶²⁸.

Essa última ponderação vale do mesmo modo para outra relação contratual que a Administração pode manter com seus agentes, distinta da relação “celetista”, e decorrente de norma contida no art. 37, IX, da Constituição Federal, qual seja, a “contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”.

Trata-se de regime especial, de que a Administração pode lançar mão excepcionalmente, “a ser disciplinado em lei de cada unidade da federação” (Maria Sylvania Zanella DI PIETRO, 2010a:514)⁶²⁹.

627 Maria Sylvania Zanella DI PIETRO já o lembrara (1989:149).

628 Sobre o tema da crescente importância da contratualização e da negociação coletiva com modo de organização da função pública na França, ver Marcel POCHARD (2003).

629 Aliás, entende-se que a Constituição Federal não admite que leis dos entes federativos criem outras hipóteses de contratação com o efeito de “provimento de cargos”; neste sentido, confira-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal (ADI-MC 1500, Rel. Min. Carlos Veloso, Tribunal Pleno, j. 18.9.1997).