

# PARA UMA CONTEMPORÂNEA TEORIA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NO BRASIL *FOR A CONTEMPORARY THEORY OF ADMINISTRATIVE CONTRACTS IN BRAZIL*

Juliano Heinen<sup>1</sup>  
UFRGS

## Resumo

O trabalho objetiva expor analiticamente as principais características dos contratos administrativos que, no cenário brasileiro atual, tornam útil e necessária a construção de um modelo teórico capaz de responder a algumas dificuldades já identificadas na introdução. Dentre essas dificuldades, pode-se citar a definição do âmbito de aplicação do regime jurídico de direito público e de direito privado; e a harmonização de divergências conceituais presentes em diferentes modalidades de contratos públicos, promovidas por diferentes entes do poder público como um todo. Assim, a partir da perspectiva contemporânea, estabelece-se os limites e possibilidades jurídicas de uma maior ou menor autonomia contratual por parte da Administração Pública.

**Palavras-chave:** Contrato administrativo. administração pública.

## Abstract

*The objective of this work is to analyze the main characteristics of administrative contracts that, in the current Brazilian scenario, make it useful and necessary to construct a theoretical model capable of responding to some difficulties already identified in the introduction. Among these difficulties, can cite the definition of the scope of the legal regime of public law and private law. And the harmonization of conceptual divergences present in different types of public contracts, promoted by different entities of the public power as a whole. Thus, from the contemporary perspective, it establishes the limits and legal possibilities of a greater or lesser contractual autonomy on the part of the Public Administration.*

## Keywords

*Administrative contracts. public administration.*

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito (Universidade Federal do Rio Grande do Sul). Professor de graduação e de pós-graduação da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Universidade de Santa Cruz do Sul, Universidade de Caxias do Sul, Universidade Ritter dos Reis/*Leurent University*, Faculdade IMED; e em cursos de extensão (Escola Superior da Magistratura Federal, Fundação do Ministério Público, Escola Superior de Advocacia Pública, Fundação Escola Superior da Defensoria Pública, AJURIS). Ex-Defensor Público do Estado do RS. Atualmente, desempenha as funções Procurador do Estado do Rio Grande do Sul. Acesse: [www.julianoheinen.com.br](http://www.julianoheinen.com.br).

## 1 INTRODUÇÃO

As figuras jurídicas, especialmente aquelas que estão atreladas ao direito administrativo, são contingentes, porque respondem aos câmbios processados na realidade. Um bom exemplo disto consiste no surgimento crescente de negócios jurídicos administrativos (muitos inéditos) que congregam elementos dogmáticos em muitos casos não uniformes. É dizer que os elementos dogmáticos daquilo que comumente se chama de “contratos administrativos” devem ser, do mesmo modo, repensados, seja pela dissonância dos vários modelos negociais apresentados pela legislação brasileira, seja pelo fato de os paradigmas doutrinários não serem mais suficientes para tratar do tema com uniformidade. É tempo de se repensar o instituto.

Ano a ano, novos modelos negociais praticados pelos entes estatais são previstos pela legislação nacional, na medida em que a interação do Poder Público com a sociedade cada vez mais passa pelo consenso, e não pela unilateralidade<sup>2</sup>. E, neste aspecto, os “negócios” feitos pelo Estado possuem uma maior ou menor incidência do regime jurídico-público – instituto também a ser definido na sequência.

De plano, ligados ao tema, podemos evidenciar problemas, cuja solução é de vital importância em tempos contemporâneos: (a) as leis que regulam os contratos administrativos ou se limitam a enumerar os assuntos a serem tratados, ou apenas listam as

---

<sup>2</sup> A afirmativa pode ser comprovada a partir do seguinte dado: de 2011 para cá, os contratos administrativos foram objeto de inúmeras legislações, a saber: Lei nº 12.486/11 (que institui o *Regime Diferenciado de Contratações – RDC*), Lei nº 12.815/13 (Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários), Lei nº 13.019/14 (Estabelece o regime jurídico das parcerias voluntárias); Lei nº 13.303/16 (que estabeleceu parâmetros contratuais às empresas estatais) etc.

cláusulas essenciais de cada contrato. Isso é problemático, porque, se assim posto, autoriza-se que a Administração Pública fixe as demais cláusulas negócio como bem entender, ou seja, não há uma densidade normativa mínima, neste aspecto; (b) de outro lado, não há um limite claro quando e como o Poder Público poderá atuar “como se particular fosse”, ou seja, estabelecendo contratos típicos de direito civil (até porque a cláusula do art. 62, § 3º, combinada com o art. 54, ambos da Lei nº 8.666/93, não define exatamente os termos e quando será possível se valer de um maior ou menor regime jurídico privado ou administrativo); (c) assim, a própria categoria de “contratos administrativos”, definida legal e doutrinariamente como sendo aquele negócio feito pelo Poder Público com o particular, e submetido a um regime derogatório do direito comum, merece ser revista; (d) e as implicações práticas desses questionamentos são inúmeras – a seguir expostas.

Assim, tanto o conceito, quanto os limites de uma maior ou menor incidência de um regime derogatório (*v.g.* que impõem a existência, dentro do contrato administrativo, do que se convencionou chamar de “cláusulas exorbitantes”) merecem ser estudados e, quiçá, redefinidos, especialmente diante dos problemas práticos evidenciados, e da variedade de contratações feitas pelo Poder Público. Exemplifica-se, neste aspecto, que a própria lei geral que trata do tema (*v.g.* Lei nº 8.666/93), como vimos, não estabelece limites claros. Sem contar que, contemporaneamente, a profusão de contratações feitas pelo Poder Público merece ser estudada, justamente para se pensar quais seriam as balizas normativas da maior u menor incidência de um regime jurídico administrativo – que não poderá ficar ao alvedrio do Poder Público, sob pena de violar os princípios administrativos mais comezinhos.

Pode-se explicar o que se está a dizer com base em exemplos: os limites contratuais são refeitos pelo ordenamento sem uma uniformidade. Basta ver que as contratações feitas em âmbito internacional (inclusive de aquisição ou de fornecimento) não

seguem a lógica constitucional e legalmente estabelecida para tais casos no Brasil<sup>3</sup>. Ao mesmo tempo, dentro do sistema normativo nacional, há cláusulas negociais típicas do direito comum inseridas nos limites de negócios sujeitos a um regime jurídico-administrativo: (a) cláusulas de disposição como da arbitragem em concessões ou permissões de serviço público – art. 23-A –, ou nas *Parcerias Público-Privadas* – art. 11 da Lei nº 11.079/05; (b) possibilidade de se estabelecer “negócios jurídicos” com os pretensos contratantes (art. 4º, inciso XVII, da Lei nº 10.520/02, e art. 26 da Lei nº 12.462/11); (c) aliás, o *Regime Diferenciado de Contratações* instituído pela última legislação citada, determina, como uma diretriz a ser seguida, no art. 4º, inciso IV, que condições de aquisição, de seguros, de garantias e de pagamento *devam ser compatíveis com as condições do setor privado*, o que reforça a problemática atual, porque não estabelece balizas mínimas a este respeito; (d) o *Estatuto Jurídico* das empresas estatais, ao seu turno, revela uma complexidade bastante evidente quanto a estes limites (Lei nº 13.303/16); (e) antes dele, devemos estudar até que ponto as parcerias feitas com o *terceiro setor* (entidades de fomento) evidenciam “negócios jurídicos administrativos” (Lei nº 13.019/14), e quais seria a densidade necessária e admissível do regime jurídico-administrativo incidente neste aspecto; (f) cabe salientar que, no âmbito das relações internacionais, especialmente diante da lógica da regulação transnacional, sequer se poderia aplicar as premissas dogmáticas naturalmente delineadas pela doutrina e pela jurisprudência atual, em termos de contrato administrativo; exemplos outros não faltarão<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Conferir a exemplificação feita na revisão a seguir exposta.

<sup>4</sup> Pela limitação de espaço, vamos focar em um exemplo corriqueiro: dessa ordem jurídica dir-se-ia especial a que alguns contratos estatais podem se submeter, com forte influência internacional, encontra-se o “modelo-padrão” da *Agência Nacional do Petróleo*. Ali se faz menção às chamadas “melhores práticas da indústria do petróleo” como um parâmetro referência para certos adimplementos contratuais, na linha do art. 44, inciso VI, da Lei nº 9.478/97. Veja que esta modelagem contratual é própria e dissonante das aquisições feitas com base na

Logo, mostra-se insuficiente a categorização do contrato administrativo como sendo o negócio jurídico acometido de “cláusulas exorbitantes”, sendo o resto dos negócios relegados à categoria de “contratos da Administração”. O debate, se assim posto, fica por deveras acanhado. Até porque a legislação, na maioria das vezes, sequer estabelece critérios para a convenção do que seja “cláusula exorbitante”, ou a maior ou menor incidência do regime derogatório, ou quando o Poder Público se sujeitará ou não a ele.

Em verdade, o tema, hoje, encontra lastro em situações bastante corriqueiras: (a) o Poder Público poderá estabelecer um negócio jurídico em que o particular está submetido a um regime jurídico derogatório (*v.g.* que contenham as cláusulas listadas no art. 58 da Lei n° 8.666/93); (b) poderá estabelecer negócios em que age como se particular fosse (*v.g.*, contrato internacional de financiamento, em que se estabeleceria o mesmo regime se fosse feito com uma empresa privada); ou ainda, (c) o Poder Público poderá contratar sob um regime em que ele está em posição de subordinação (*v.g.* contratação de empregados públicos submetidos ao regime da *Consolidação das Leis do Trabalho*).

Tendo em vista o debate acerca dos limites e o estudo sistemático de uma maior ou menor incidência de um regime jurídico-administrativo nos contratos feitos pela Administração Pública, pode não fazer sentido deixar ao alvedrio dos entes estatais a definição das cláusulas contratuais – especialmente no item “(b)” citado – diante de uma abstração normativa ou da inexistência de regras claras a respeito. E é ainda mais ilógico se pensarmos que exista uma estrita legalidade incidente, especialmente quando da mencionada situação “(a)”, ao mesmo tempo em que, na perspectiva “(b)”, autoriza-se que o mesmo Estado possa

---

Lei n° 8.666/93, o que demonstra a necessidade de se estudar o tema, bem como seu inditismo.

livremente contratar, a despeito dos princípios da legalidade, impessoalidade etc. Isto porque, tais princípios de fato incidem e vinculam toda a Administração Pública em matéria de contratos estatais.

E a realidade fica ainda mais complexa no âmbito das sociedades de economia mista e das empresas públicas que atuam no domínio econômico, sobretudo diante da imposição do art. 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, uma vez que este dispositivo determina que elas se submetam ao regime jurídico próprio das empresas privadas. A rigor, portanto, esta regra vedaria que tais entidades fizessem uso de cláusulas exorbitantes, por justamente estar proibido constitucionalmente estabelecerem-se privilégios a estas duas pessoas jurídicas de direito privado que não fossem extensíveis às demais empresas da livre iniciativa. Na prática, contudo, não é o que se está a revelar, especialmente diante dos termos da Lei nº 13.303/16, e de decisões judiciais que impõem a tais entidades o uso da Lei nº 8.666/93.

Então, pode-se compreender que existem, no âmbito administrativo nacional, pelo menos dois regimes contratuais que convivem de modo assistemático e, por vezes, dissonante. Ora o Estado contrata com base na *puissance publique* (com prerrogativas legalmente admitidas), ora contrata submetido a um regime de direito privado. E o que é pior, no mais das vezes, uma maior ou menor incidência do regime derogatório é feito de modo casuístico. Sendo assim, o estudo sistemático do problema deverá revelar soluções ao debate mencionado.

Ademais, deve ser referido que esses questionamentos não são um privilégio do Brasil. Para todos os sujeitos que atuam nos campos jurídico, econômicos, social e político dos contratos públicos, será de importância decisiva nos próximos anos o conhecimento da nova legislação da Comunidade Europeia sobre os contratos públicos, que irá fornecer conteúdo e regras para o direito de cada membro do bloco comum. Neste sentido, a

transposição das Diretivas n° 2014/23 e n° 2014/24 para o direito interno é um projeto complicado, e que merece ser refletido como paradigma, por exemplo, ao Brasil.

Voltando ao Brasil, entende-se que deve se ter em conta a necessidade de uma interpretação do quadro regulamentar relativo ao tema, de acordo com as exigências que se reclamam da atuação administrativa, como, por exemplo, a imposição da garantia e da implementação qualitativa dos direitos fundamentais, a concreção do princípio da eficiência etc. De modo que se pretende, então, propor um modelo teórico-dogmático para os contratos administrativos no Brasil, a partir dos paradigmas legais e jurisprudenciais contemporâneos. A pesquisa parte das fontes jurídicas de direito positivo, da doutrina e da interpretação conferida pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal atuais. Em uma primeira etapa, pretende-se demonstrar em um segundo momento, a insuficiência dos parâmetros atuais sobre o tema. Em uma terceira etapa, pretende-se expor a construção de um modelo contratual contemporâneo.

## **2 O PROBLEMA**

Para não correr o risco de utilizar conceitos equivocados, o observador deve atentar para a origem do contrato – como categoria de direito privado –, bem como, especialmente, para a evolução desta categoria jurídica em países como a França, a Alemanha ou os Estados Unidos. Assim, o estudo da gênese do instituto no âmbito de cada qual se mostra fundamental ao diagnóstico do problema. A partir do momento em que se reformar os fundamentos de como conhecemos estes institutos, podemos partir, com base nestas premissas, à compreensão de como devemos ou não importar estes

institutos, os quais devem passar pelo “filtro” da Constituição e das leis nacionais. Tomando por base este ponto, portanto, conseguir-se-á estabelecer parâmetros mais sistemáticos, a fim de que se construa uma teoria contemporânea dos contratos administrativos, visualizando quais seriam os termos em que os regimes jurídicos privado e administrativo dialogam.

O crescente surgimento de novas e diversas categorias negociais vem a responder a exigência de se ofertar uma verdadeira “administração pública de resultados”<sup>5</sup>, na busca inquieta pela prestação de serviços públicos de qualidade, alavancados pela tentativa de se ter um menor *déficit* público possível. Tal realidade faz nascer (ou encontrar) novas formas de gestão ou métodos alternativos que servem para reduzir os gastos públicos. Atrelado a este fundamento, o *consenso* ganha, atualmente, cada vez mais espaço, realçando, portanto, a figura do contrato, em detrimento do ato administrativo, este último marcado pela unilateralidade. Não é à toa que, na última década, inúmeras leis aumentaram ainda mais a interação público-privada na gestão das tarefas administrativas<sup>6</sup>.

De outro lado, percebem-se equívocos no tratamento do tema, certa assistemática e significativa insuficiência do tratamento do tema, seja em âmbito doutrinário, como na seara

---

<sup>5</sup> Veja: POLLITT, Christopher. *Managerialism and the public services: the Anglo-American experience*. Oxford: Blackwell, 1990; SPASIANO, Mario R. *Funzione amministrativa e legalità di risultato*. Torino: Giappichelli, 2003. Especialmente p. 255 e ss.. Como exemplo de mecanismos pragmáticos da *administração pública de resultados*, podemos citar o *framework document*, oriundo da Inglaterra, ou os *contratos-programa, empresa de plano* (com metas e objetivos pré-definidos), da França – institutos similares ao *accordo di programma* italiano ou o *performance plan* norte-americano (OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de gestão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008).

<sup>6</sup> Uma lista exemplificativa será feita na sequência da exposição.

jurisprudencial. Aliás, o tema dos contratos administrativos é pouco visitado de modo específico pela doutrina, muito embora se tenham produzido alguns trabalhos bastante importantes no Brasil. Boa parte dos estudos que aqui se fizeram são retrospectivos, enfim, descortinam a evolução do tema, sem contudo, estabelecer uma análise crítica e, quiçá, pretender propor critérios e parâmetros para a sistematização do problema aqui evidenciado.

### **3 PERSPECTIVA CONSOLIDADA – PARADIGMAS DIVERSOS ADVINDOS DO DIREITO COMPARADO**

Como foi dito, o *consenso*<sup>7</sup> ganha, atualmente, cada vez mais espaço, realçando, portanto, a figura do negócio jurídico (*Rechtsgeschäft*), em detrimento do ato administrativo, este último marcado pela unilateralidade<sup>8</sup>. Em termos de evolução do direito administrativo, podemos dizer que a figura do contrato administrativo é bastante recente, apesar de esta figura jurídica ser bastante antiga no direito privado<sup>9</sup>. Tanto que, no século XIX, desconhecia-se este instituto. E é compreensível, tendo em vista que a atuação estatal concentrava-se na figura do do “ato administrativo” unilateral, ou seja, justamente em contraposição ao instituto nodal do direito privado (negocial), que é o contrato.

No início da evolução do direito administraivo – por volta do início do Século XIX – a figura do contrato no âmbito público era de difícil aceitação, porque se contrapunha a certos

---

<sup>7</sup> Contemporaneamente, especialmente diante da contratação em massa, o consenso na seara contratual passou a ser redefinido (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 99-102).

<sup>8</sup> Não se esqueça de que os negócios jurídicos públicos não são mais que do os instrumentos técnicos colocados, pelo legislador, nas mãos das entidades que compõem o setor público. A elas compete escolher entre um ou outro tipo, ou decidir se quer ou não participar do recrutamento de uma disposição especial, ou, de outra forma, atender diretamente as necessidades em questão.

<sup>9</sup> CASETTA, Elio. *Compendio di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 2015, p. 408.

fundamentos, que eram até mesmo seculares, da teoria geral dos contratos<sup>10</sup>. (a) A *autonomia da vontade*, no âmbito dos contratos administrativos, acaba por ser bastante relativizada, porque a Administração Pública não teria, em tese, como ser contemplada com este instituto, tendo em vista que é regida pelo princípio da legalidade e da impessoalidade; (b) Além disso, a *igualdade das partes* seria minimizada em face do poder de império do Estado, que lhe garantiria maior autonomia; (c) Uma aplicação excessivamente rigorosa do princípio do *pacta sunt servanda* poderia comprometer a atuação da Administração Pública em casos em que fosse necessário corrigir erros cometidos por influência indevida da vontade do particular na conformação do contrato.

Somente nas primeiras décadas no Século XX é que se desenvolverá, proficuamente, na França, a figura do “contrato administrativo”, não sem muito debate acerca do tema. A Alemanha, ao seu turno, resiste ainda mais em conceber a figura do “negócio jurídico administrativo”, a qual foi admitida somente em tempos recentes<sup>11</sup>. Outro fator que impulsionou o desenvolvimento dos contratos feitos pelos entes estatais foi a necessidade de se perfazer um procedimento concorrencial toda vez que se evidenciasse qualquer ato negocial que pudesse beneficiar mais de um administrado. Neste caso, há a imposição de que seja feita licitação, salvo disposição de lei em contrário (*v.g.* art. 37, inciso XXI, da CF/88). Este fator, ou seja, a imposição de uma concorrência entre interessados, foi decisivo para se dar proeminência à figura do contrato administrativo<sup>12</sup>.

Nesses temas, merece ser destacado que as experiências nacionais e internacionais, em verdade, captaneiam entendimentos

---

<sup>10</sup> GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: F.D.A., t. 1, 2004, p. XI-4 e ss.

<sup>11</sup> MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Belo Horizonte: Manole, 2005, p. 423.

<sup>12</sup> Isso ficou claro no *arrêt* oriundo do Conselho de Estado francês (CE), de 7 abril de 2007 (*Comune d'Aix-en-Provence*),

diversos, que desde já podem ser sintética e genericamente assim delimitados: (a) visão ampliativa francesa; (b) visão restritiva alemã; (c) visão exclusivista dos contratos administrativos.

(a) A perspectiva *francesa* entende que o Estado pode celebrar tanto contratos administrativos, como contratos de direito privado (que chamará de “contratos da administração”). Resumidamente, passaram a ser aceitas as seguintes figuras contratuais: (a2) contratos de delegação; (a2) contratos de atribuição; e (a3) contratos de colaboração<sup>13</sup>. O Brasil parece adotar, ao menos em termos de direito positivo, uma vertentemuito parecida com esta. Então, na França, a lei poderá determinar se um contrato segue ou não o regime derogatório público<sup>14</sup>. Apesar disto, há uma insuficiência jurídica notória, porque há outros negócios jurídicos atípicos em que não se sabe sua natureza jurídica, se administrativa ou não. Assim, deve-se fazer um teste legal duplo para se tentar conseguir ao menos uma resposta preliminar neste sentido<sup>15</sup>. De mais a mais, o direito francês desenvolve a figura do contrato com mais intensidade nos anos setenta e oitenta<sup>16</sup>. A conjuntura da época apresenta uma mudança radical de

---

<sup>13</sup> DEBBASCH, Charles. *Droit administratif*. Paris: Éditions Cujas, 1971, p. 346. Para uma análise detalhada do tema: PÉQUIGNOT, Georges. *Théorie générale du contract administratif*. Paris: A. Pédone, 1945.

<sup>14</sup> Este é o caso de contratos para a execução de uma obra pública ou contratos para a venda de bens do Estado ao abrigo da Lei de 28 de Pluviose (Ano VIII). Este é também o caso de contratos com ocupação do domínio público sob o Decreto de 17 de Junho de 1938. É, finalmente, o caso de contratos passados nos termos do Código dos contratos públicos (art. 2º da Lei nº 2001-1168 de 11 de dezembro de 2001, relativa a medidas de emergência para reformas económicas e financeiras).

<sup>15</sup> CHAPUS, René. *Droit administratif général*. Paris: Montchrestien, t. 1, 2001, p. 544-545.

<sup>16</sup> UBAUD-BERGERON, Marion. *Droit des contrats administratifs*. Paris: Lexis-nexis, 2015, p. 6. A autora faz uma advertência importante: o movimento de ascensão do contrato – que chamou de “contratualismo” – não atribui ao direito administrativo, mas sim, ao direito privado (UBAUD-BERGERON, Marion. *Op. Cit.*, p. 7). No mesmo sentido: RICHER, Laurent. *Op. Cit.*, p. 70 e ss.

paradigma, ou seja, como o Conselho de Estado e a própria doutrina percebiam estes negócios jurídicos. Enfim, compreende-se, nesta época, uma mudança inclusive nos elementos dogmáticos formativos dos contratos feitos pelo Poder Público.

Somente tempos depois é que foram praticadas outras espécies de contratos, como os convênios, os consórcios, os contratos de gestão e as *Parcerias Público-Privadas (PPP's)* etc. O certo é que durante todo este percurso histórico, o sistema jurídico francês amargou a mesma idiosincrasia percebida em outros países, inclusive no Brasil: *há diferença e, em caso positivo, em quais termos, entre o contrato dito “administrativo” e o negócio de direito privado? A busca por esta resposta, em verdade, acaba por responder, de outro lado, outros questionamentos: qual o conceito de contrato administrativo? E, por consequência, ter-se-ia de definir, é claro, os elementos dogmáticos do contrato administrativo.* Para os franceses, uma importância prática desta distinção é de natureza processual, ou seja, quando um negócio jurídico feito pela Administração Pública é considerado “contrato administrativo”, sua contestação jurisdicional deve se dar perante o contencioso que julga as causas de Estado, e não pela via da justiça comum (privada)<sup>17</sup>.

No início do Século XX, os elementos dogmáticos do que se chamou, à época, de “ato misto”<sup>18</sup>, passam a ser sistematizados, especialmente quando ganha prestígio o que, depois, se denominaria de “contrato de concessão de serviço público”. Era “misto” porque este vínculo tinha duas partes: a regulamentação e organização do serviço público (parte regulamentar – abstrata) e as

---

<sup>17</sup> Lembrando que a jurisdição francesa é dual, ou seja, possui duas esferas de contestação: a administrativa e a privada. O direito brasileiro, vale destacar, possui jurisdição una. Para um estudo do contencioso administrativo na França, consultar: LAFERRIÈRE, Édouard. *Traté de la juridiction administrative et des recours contentieux*. Paris: Berger-Levrault, 1896; CHAPUS, René. *Droit du contentieux administratif*. Paris: Montchrestien, 2008.

<sup>18</sup> CHAPUS, René. *Op. Cit.*, p. 496-497.

disposições negociais com a concessionária (parte contratual – concreta)<sup>19</sup>.

Ao longo dos anos, a jurisprudência francesa – acompanhada da doutrina – passou a se valer de dois critérios para definir se um contrato era ou não administrativo: (a) *Critério orgânico*: um contrato seria assim definido, caso estivessemos diante da presença do Estado em um dos polos da relação jurídica; (b) *Critério material*: o negócio jurídico estabelecido (b1) possui a presença das ditas “cláusulas exorbitantes”<sup>20</sup>, ou quando (b2) visa a executar um serviço público<sup>21</sup>. Em 2014, um importante julgamento<sup>22</sup> resumiu o problema da seguinte forma: (a) Será de direito privado o contrato feito pelo Poder Público quando tiver por objeto as atividades fins da sociedade industrial; (b) Será administrativo o contrato quando ele contiver cláusulas exorbitantes ou prerrogativas atribuídas ao Poder Público. Ainda em 2014, a importância do tema se mostra candente, especialmente a partir das modificações operadas neste ano – tanto em nível normativo, como em âmbito jurisprudencial<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> A originalidade do ato misto é acolhida pelo Conselho de Estado francês, tendo como paradigma o caso: CE, 21 dez. 1906, *Synd. des propriétaires et contribuales du quartier Croix-de-Seqney-Tivoli*.

<sup>20</sup> O instituto foi detalhado no caso da *Compagnie nouvelle du gaz de Déville-lès-Rouen*, cuja decisão tratava da possibilidade de o Estado impor o câmbio no fornecimento de iluminação pública (“cláusula exorbitante”). Ela foi proferida pelo Conselho de Estado francês, em 1902. Esta matéria é revisitada no caso envolvendo a *Compagnie générale française des tramways*, cuja decisão do Conselho de Estado data de 1910. Conferir ainda: CE, 31 jul. 1912, *Sté des Granits porphyroïdes des Vosges*; CE, 15 fev. 1935, *Société française de construction*; TC, 5 jul. 1999, *Union des groupements d'achats publics*; TC, 7 jul. 1980, *Société d'exploitation touristique de la Haute Maurienne*. Na doutrina: GAUDEMET, Yves. *Droit administratif general*. Paris: L.G.D.J, t. 1, 2001, p. 680; no Brasil: SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual – licitações e contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 373-374.

<sup>21</sup> GAUDEMET, Yves. *Op. Cit.*, p. 678 e ss.

<sup>22</sup> Tribunal de Conflitos francês (TC), 7 abr. 2014, *Société Services d'édition et de ventes publicitaires*.

<sup>23</sup> Podemos citar, aqui, as diretivas editadas pelo Parlamento e Conselho europeus em 26 de fevereiro de 2014, bem como, na França, ao seu turno, pela

Este período é tão importante no âmbito europeu que chegou a ser chamado por Laurent Richer como “o ano dos contratos administrativos”<sup>24</sup>.

(b) A perspectiva alemã, por muito tempo, entendia que não existiam contratos administrativos, porque a atividade da Administração ou seria disciplinada pelo direito privado – e os contratos seriam celebrados seguindo a lógica privatista –, ou não se submeteria a tal regime jurídico, e o Poder Público resumir-se-ia a perfazer *atos unilaterais* (no máximo *com contratos adjetos*)<sup>25</sup>. A resistência do direito administrativo alemão aos negócios jurídicos tinha um fundamento-base: esta figura jurídica aniquilaria a supremacia do poder público em relação aos particulares. Seria inconcebível ver o Estado em pé de igualdade com os cidadãos, tendo em vista que um dos elementos mais sensíveis do instituto “contrato” era justamente a igualdade das partes. Logo, a

---

publicação do *arrêt* do Conselho de Estado (CE), 4 abr. 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, que pôs fim a teoria. A *Directive 2014/23/EU* (editada pelo Parlamento Europeu, órgão da União Europeia, de 26 de Fevereiro de 2014, que trata da adjudicação de contratos de concessão de serviço público), bem delimita a importância do tema: os contratos públicos [negócios administrativos] desempenham um papel fundamental na estratégia Europa, traçada até o ano de 2020, estabelecida na *Comunicação da Comissão*, de 3 de Março de 2010, intitulada “Estratégia Europa 2020 para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo” (também conhecida como “Europa 2020”), que apresenta como um dos instrumentos de mercado a ser usado para garantir um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo, assegurando simultaneamente a utilização qualitativa dos recursos públicos. Item “(3)” da *Directive 2014/23/EU*: “La commande publique joue un rôle essentiel dans la stratégie Europe 2020 exposée dans la communication de la Commission du 3 mars 2010 intitulée «Europe 2020, une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive» (ci-après dénommée la «stratégie Europe 2020»), qui les présente comme l’un des instruments de marché à utiliser pour parvenir à une croissance intelligente, durable et inclusive tout en garantissant une utilisation optimale des deniers publics.”

<sup>24</sup> RICHER, Laurent. *Op. Cit.*, introdução.

<sup>25</sup> MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, v. 1, 2010, p. 689-690.

supremacia mencionada não teria condição de se compatibilizar com este tipo de negócio jurídico<sup>26</sup>.

Em momento posterior, o direito administrativo alemão passa a admitir o que se denominava de “*atos de gestão*”: figuras negociais em que o consenso poderia nascer e refrear, ao menos minimamente, toda a carga impositiva advinda do ato administrativo. E este foi um passo decisivo, ao nosso sentir, na aceitação da figura do contrato administrativo. Assim, a noção do instituto ora tratado, na Alemanha, não pode ser equiparada à compreensão do instituto que se deu na França, e mesmo no Brasil<sup>27</sup>, apesar de fornecer subsídios à crítica que se pode fazer ao modelo jurídico de cada qual destes países.

A partir de 1945, chama a atenção o fato de a doutrina administrativista admitir, ainda que ocasionalmente, que o Poder Público pudesse fazer uso do contrato administrativo<sup>28</sup>. Este entendimento contribuiu muito significativamente para se alterar o pensamento da época, tão balizado na doutrina de Otto Mayer que negava, veementemente, a possibilidade de a Administração Pública perfazer contratos. O direito germânico, então, passou a aceitar acordos informais ou a existência do “ato administrativo negociado” (*ausgehandelter Verwaltungsakt*). Tempos depois, a partir da edição da *Lei de Procedimento Administrativo*, de de 25 de maio de

---

<sup>26</sup> MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Op. Cit.*, p. 674-675.

<sup>27</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. Os indivíduos e o estado na realização de tarefas públicas. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado* – cadernos de direito público. Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, n. 57, 2003, p. 200. O desenvolvimento do tema na Alemanha e na França devem ser comparados. Compara-se o que é diferente, mas que possui algo em comum. Se fossem iguais, os institutos poderiam ou deveriam ser identificados.

<sup>28</sup> MAURER, Hartmut. *Op. Cit.*, p. 423. O Tribunal Administrativo Federal da Alemanha também acompanhou o movimento que admitia a figura dos contratos no âmbito das relações jurídico-administrativas (*BVerwGE*, 23, 213).

1976<sup>29</sup> (*das Verwaltungsverfahren*), instituiu-se a figura do que lá se convencionou chamar de “contrato administrativo”. Na verdade, este instituto estabelece um modo de atuação do poder público, que ainda se liga à figura do ato administrativo. Então, o contrato administrativo pretende estabelecer verdadeiro programa de atuação da Administração Pública<sup>30</sup>. O legislador alemão pretendeu, com isso, que a administração pública pudesse atuar de modo mais flexível, permitindo-se que não ficasse “engessada” pelos comandos legais. Enfim, que fosse capaz de dar respostas, por exemplo, a casos atípicos. O efeito colateral desta mudança consiste em transformar a relação entre Estado e cidadão, sendo que este não é mais um mero destinatário do *jus imperium*, mas um sujeito de direitos que participa dos desígnios da gestão pública. Atua, então, como verdadeiro “parceiro”.

Deve-se destacar, ainda, que a aplicação da figura do contrato administrativo na Alemanha é restrita a certos campos: na contratação de servidores públicos, em termos de proteção ambiental, no direito urbanístico, no combate aos cartéis, na concessão de subvenções etc. Em matéria fiscal, há sérias divergências se é possível estabelecer figuras negociais neste sentido<sup>31</sup>. Aliás, este termo “direito público” (*öffentlichen Rechts*) é bastante utilizado quando a mencionada legislação visa a tratar dos

---

<sup>29</sup> *Lei do Processo Administrativo alemão*, §§ 54 a 61. Tal diploma normativo trata dos contratos administrativos apenas nestes dispositivos (MAURER, Hartmut. *Op. Cit.*, p. 402).

<sup>30</sup> Não é a toa que Hartmut Maurer (*Op. Cit.*, p. 401 e 419) quando trata do tema relativo aos contratos administrativos, afirma que tal figura jurídica estabelece verdadeira “regulação consensual” ou uma “regulação jurídico-administrativa em um caso particular com efeito externo” do Poder Público em relação ao cidadão.

<sup>31</sup> Ao que nos parece, a lei alfandegária de 1961, no § 79, III; a legislação que regula o imposto de indústria e comércio (§ 33, III); ou a legislação que ordena os tributos (§ 224<sup>a</sup>, que permite a dação em pagamento de tributos pela entrega de obras de arte) estabelecem certas “regulações negociais” entre os cidadãos e o Estado alemão (MAURER, Hartmut. *Op. Cit.*, p. 404). A jurisprudência germânica aceita transações na área tributária, ainda que seja de forma tímida: *BVerwG DÖV* 1978, 611; *BVerwG DÖV* 1980, 48. Ou *BVerwGE* 64, 361.

contratos administrativos. Neste aspecto, o objeto do mencionado negócio deve dizer respeito a uma relação jurídica de “direito público”. E esta seria a delimitação dos contratos ditos “administrativos” para com os negócios jurídicos de direito privado. Assim, na Alemanha, admite-se que o Estado, quando há espaço à discricionariedade, opte por estabelecer contratos que seguem o direito privado, e outros que venham a seguir o regime jurídico-administrativo. Duas pessoas jurídicas de direito público podem, inclusive, estabelecer contratos de direito privado<sup>32</sup>. Assim, especialmente com base no § 54 da *Lei do Processo Administrativo* alemão, adotou-se um critério objetivo para a diferenciação entre os contratos de direito público e os de direito privado, porque o que define cada qual é o seu objeto, e não as pessoas que contratam (quando se adotaria, pois, o critério subjetivo). E tal objeto deve ser averiguado a partir do seu conteúdo, enfim, se está a disciplinar uma relação jurídica-administrativa<sup>33</sup>.

(c) Ou se entende que os contratos feitos pelo Estado existem, mas nenhum deles poderia se submeter ao direito privado. Todos eles seriam típicos contratos administrativos<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> MAURER, Hartmut. *Op. Cit.*, p. 411.

<sup>33</sup> Exemplos não faltam: se o contrato serve para a efetivação de ato administrativo ou oficial; se o contrato serve para a efetivação de uma política pública, como um acordo para processamento de uma desapropriação;

<sup>34</sup> Pela limitação de páginas, deixar-se-á de abordar o tema relativo a experiência do *comon law* e da União Europeia no tema. Para tanto, consultar: (a) Experiência no *comon law*: julgamentos *The West River Bridge Co. v.s. Dix.* (1848); *Contributors to the Pennsylvania Hospital v.s. Philadelphia* (1917). Doutrina: CANE, Peter. *Administrative law*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 225-226; DAVIS, A.C.L. *The public law of government contracts*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 275-283; (b) Experiência da União Europeia: CASETTA, Elio. *Op. Cit.*, p. 409; UB-AUD-BERGERON, Marion. *Op. Cit.*, p. 241-243.

## 4 PERSPECTIVA CONSOLIDADA – PARADIGMAS BRASILEIROS

Assim, no plano nacional (Brasil), a discussão sobre a maior ou menor liberdade contratual das entidades estatais<sup>35</sup> deve ser conduzida, partindo do texto constitucional, a passar, é claro, pelas delimitações legais e regulamentares<sup>36</sup>. De acordo com o que dissemos até aqui, fica fácil perceber que a definição do contrato administrativo deve partir do sistema normativo que o disciplina. Por isto que não se terá uma definição passível de universalização. Entendemos que se trata de típico conceito jurídico-positivo. Até porque, mesmo a confecção de contratos administrativos pelo Poder Público não é livre. Ao contrário. Toda ação estatal ou a não ação deve ser justificada por um interesse público legítimo. Assim, a liberdade contratual da administração é um instrumento para cumprir funções públicas, e não uma expressão da autodeterminação individual.

Podemos antecipar, com base na definição mais básica de contrato, que se trata de um acordo entre duas ou mais partes que se destina a criar uma relação jurídica vinculativa ou ter algum outro efeito legal<sup>37</sup>. O contrato feito pelas pessoas jurídicas estatais

---

<sup>35</sup> UBAUD-BERGERON, Marion. *Op. Cit.*, p. 54-56.

<sup>36</sup> Neste caso, devemos perceber que a própria Administração Pública poderá se autoconter (*self restraint*), em verdadeira *autolimitação* administrativa. Sobre o tema da autolimitação, consultar: ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria das autolimitações administrativas atos próprios confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo: NDJ, v. 24, n. 5, mai. 2008, p. 552; FORSTHOFF, Ernst. *Traité de droit administratif allemand*. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 1969, p. 165 e ss.

<sup>37</sup> Ainda que se note variações no conceito, inclusive contemporaneamente, a noção de contrato também em direito civil vem sendo discutida (COLLINS, Hugh. *The law of contract*. Great Britan: Lexis-nexis, 2003, p. 20 e ss.; NEGREIROS, Thereza. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 277 e ss.). Contudo, nenhuma destas concepções nega que o contrato seja um acordo de vontades a estabelecer uma relação jurídica. O que se discute,

não foge deste aspecto, porque se trata de um negócio jurídico em que uma entidade estatal seja parte, regido ou não pelo direito público<sup>38</sup>. Assim, o contrato a ser estudado aqui é um ajuste de vontades que pode ou não ser governado pelo direito privado dos contratos<sup>39</sup>. Então, uma questão basilar enfrentada em tempos contemporâneos consiste em avaliar se a concepção de “contrato administrativo” exige a presença de um regime jurídico derogatório (sim ou não). Caso a resposta seja positiva, deve ser investigado em que nível tal regime deve operar. A definição de contrato administrativo propugnada por inúmeros doutrinadores, durante quase que todo Século XX e início do Século XXI, estabeleceu definições, por assim dizer, “tradicionalistas”, mas que, contemporaneamente, como veremos no trabalho, já não são mais passíveis de serem referenciados por todos os negócios jurídicos estabelecidos pelos entes estatais<sup>40</sup>.

Quanto aos contratos em espécie, a compreensão do tema pode se beneficiar de uma perspectiva inovadora. Por exemplo: em um contrato de concessão de serviços públicos, não podemos

---

justamente, é, em linhas gerais, a função que o contrato vem a desempenhar no mercado (por todos: COLLINS, Hugh. *Op. Cit.*, p. 29).

<sup>38</sup> E todo o contrato, seja ele passível de ser categorizado como sendo “administrativo”, estabelece-se um vínculo jurídico entre as partes. Não destoa, nem em termos de direito público, da famosa máxima *pacta sunt servanda*. Trata-se de um princípio fundamental que constitui também a base do regime dos contratos administrativos: o negócio constitui a lei das partes. BENOIT, Francis-Paul. *Le droit administratif français*. Paris: Dalloz, 1968, p. 616; WALINE, Jean. *Droit administratif*. Paris: Dalloz, 2010, p. 423.

<sup>39</sup> Sobre a noção de regime jurídico administrativo, consultar: POUYAUD, Dominique e WEIL, Prosper. *Le droit administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, 2012, p. 19-20; CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, t. 1, 2002, p. 124.

<sup>40</sup> Maria João Estourinho (*Réquiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 109-110) perfaz uma crítica bastante densa sobre o tema. Ela traz à tona o tema também na obra: *A fuga para o direito privado*. Contributo para o estudo da atividade privada na Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1999. No Brasil, conferir, por todos o conceito oferecido por Marcos Juruena Villela Souto (*Op. Cit.*, p. 277).

somente focar nas cláusulas ditas “exorbitantes”, mas, igualmente, em disposições que definem o direito dos usuários e de manutenção do serviço público. E estas últimas são um elemento jamais considerado como sendo nuclear nos contratos administrativos – eis o porquê de se evidenciar uma teoria contemporânea do tema – o que será mais bem desenvolvido no trabalho. Outra releitura a ser feita em relação aos dogmas da doutrina vigente, consiste em perceber que, os corriqueiros *contratos de aquisição* deveriam ser subdivididos em típicos e atípicos. Os primeiros, regidos pelo art. 58 da Lei nº 8.666/93, devem compatibilizar os direitos ao Estado e os direitos do cidadão, perfazendo-se, aqui, uma releitura constitucional sobre o tema<sup>41</sup>. De outro lado, a *atipicidade dos contratos administrativos*, até pela cláusula aberta do art. 62, § 3º, inciso I, parte final, da mesma legislação, deverá receber a pertinente compreensão sistemática.

Nos contratos internacionais, ao seu turno, há de ser investigada qual seria o maior ou menor grau de abdicção da nossa soberania. Veja que este critério é completamente diverso para o estudo dos outros contratos feitos pelo Poder Público, e sequer é estudado em termos de doutrina administrativista. Assim, a perspectiva nacional não possui balizas claras de qual seria a densidade do regime jurídico incidente: é dizer, faltam parâmetro sistemáticos e objetivos para se inserir mais ou menos cláusulas exorbitantes<sup>42</sup>. O certo é que a maior ou menor densidade do

---

<sup>41</sup> Acompanhar, para tanto, as proposições de Mauro Hiane de Moura (*A autonomia contratual da administração pública*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 449-450).

<sup>42</sup> A teoria da *Grundlegung* (“*ordre juridique de base*”) chegou a ser desenvolvida para justificar a “internacionalização” dos contratos estatais, isto é, a sua “natural” elevação ao *status* de contratos governados pelo direito internacional, a despeito da presença de uma parte privada, não sujeita ao direito internacional. Contudo, as consequências de tal internacionalização são surpreendentes: uma vez que a *Grundlegung* seja identificada, supõe-se que se deva fazer uma referência (secundária) ao conjunto de regras jurídicas governando o contrato. Denunciando a *Grundlegung* como um mito, veja-se: MAYER, Pierre. Le mythe de “l’ordre juridique de base” (ou *Grundlegung*). In: *Le droit des relations économiques internationales*. Études offertes à B. Goldman. Paris: Litec: 1982, p. 217.

regime derogatório deverá compatibilizar algumas etapas interpretativas: (a) No plano constitucional há de se ponderar o regime de normas que disciplina a atuação da administração pública<sup>43</sup>, e o respeito aos direitos fundamentais; (b) no plano *legal* ou *infraconstitucional*, a regulamentação deverá estabelecer margem de atuação, deixando claros quais são os espaços de discricionariedade à definição do conteúdo do contrato administrativo, especialmente no que se refere à maior ou menor densidade do regime derogatório; (c) por fim, o uso da autolimitação administrativa por meio de *regulamentação infralegal*, confere uma maior ou menor autonomia de vontade em definir os conteúdos do contrato.

## 6 PERSPECTIVA CONTEMPORÂNEA – PROPOSTA TEÓRICO-DOGMÁTICA À DEFINIÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Como vimos, a legislação que disciplina os contratos administrativos não estabelece um parâmetro concreto no que se refere à definição da maior ou menor incidência das cláusulas exorbitantes, o que revela uma indefinição dos limites da autonomia contratual por parte do Estado. Em termos objetivos, a legislação não apresenta um parâmetro de quando aplicar um regime privado aos contratos feitos pela Administração Pública, e quando submetê-la a um negócio jurídico que contenha toda a sorte de cláusulas derivadas da *puissance public*. E mais: ainda que se opte por um negócio disciplinado por um regime jurídico derogatório, sequer se pode definir o espectro das cláusulas exorbitantes presentes em cada ajuste, porque a disciplina jurídica poderá variar.

---

<sup>43</sup> As disposições do art. 37 sujeitam toda a atuação da administração pública. Além disto, os contratos administrativos devem respeitar as regras básicas acerca da competência, finalidade, forma etc. Para Augustín Gordillo (*Op. Cit.*, p. XI-33), esta premissa se aplica ainda que se trata de contratos que sigam estritamente o direito privado.

Para contemporanizar estes “problemas”, primeiro devemos remodelar a noção de “contrato administrativo”, como sendo o ajuste feito pelo Estado com um particular, visando a perseguir o interesse público, e que possui um regime de cláusulas exorbitantes em favor do ente estatal. Objetivamente, esta noção deve ser reconduzida a um dos pilares do direito administrativo, que a é a noção de *legalidade administrativa*. E, de modo bem simples, a busca pela noção desta categoria jurídica não pode se desgarrar dessa premissa.

Então, a primeira conclusão que podemos estabelecer é: a autonomia contratual do Poder Público possui sua raiz principal, senão única, na *discricionariedade administrativa*. Significa dizer que a maior ou menor liberdade contratual do Estado se dará pela maior ou menor possibilidade de um juízo de oportunidade e de conveniência, que é, como sabemos há muito tempo, conferida pela legislação incidente. De modo que a tentativa dos doutrinadores (especialmente franceses) em relacionar a figura do “contrato administrativo” à presença de “cláusulas exorbitantes” não tem razão de ser, por pecar em termos científicos – afinal, isto não é uma verdade<sup>44</sup> –, e em termos pragmáticos – tal premissa teórica não abarca as múltiplas atuações do Poder Público no tema<sup>45</sup>.

Por todo o exposto, a preocupação dos doutrinadores com o tema, ao que tudo indica, em vez de procurar explicar a possibilidade de uma maior ou menor unilateralidade<sup>46</sup>, diante de

---

<sup>44</sup> A incidência de cláusulas exorbitantes depende a lei, o que, como vimos, reconduz às premissas teórico-dogmáticas da legalidade, da discricionariedade e vinculação.

<sup>45</sup> Veja que os Poderes Públicos estabelecem inúmeros negócios jurídicos com um maior ou menor ou nenhum regime derogatório incidente, o que prejudica a precisão do conceito.

<sup>46</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 302-304. Já outra obra bastante popular no Brasil, procura, ainda que de modo sintético, expor esta evolução como ponto de partida à definição da categoria de

casos em que o contrato seguia uma matriz privada, semi-privada ou totalmente pública etc., procuraram estabelecer classificações. E estas classificações, por décadas, ainda que de modo “artificial”, passaram a explicar a atuação do Estado neste campo. Apesar de toda uma série de questionamentos e incongruências evidenciadas cotidianamente<sup>47</sup>, a preocupação sempre foi com a conceituação do que seria “contratos administrativos”, sempre comparando com a categoria jurídica dos “contratos regidos pelo direito privado”.

Essa, por assim dizer, “oposição” entre os contratos “administrativos” e os “privados” não tem razão de ser, porque, na origem, sequer se pensava nesta oposição<sup>48</sup>. E tudo, como dito, fixou-se na legalidade, momento em que o sistema jurídico permitia uma maior ou menor unilateralidade por parte do Estado em relação ao sujeito de direito privado. O que revela que a noção de “contrato administrativo” ou de “contrato da administração” é artificial, e deve ser reconduzida, tal qual a categoria jurídica de *ato administrativo*, a uma maior ou menor discricionariedade / vinculação. E será este nível que ditará a maior ou menor autonomia contratual por parte dos Poderes Públicos.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Devemos ter em conta, como dissemos, que a jurisprudência nacional dialoga com conceitos e premissas de modo

---

“contrato administrativo”: MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 260-262. Contemporaneamente, essa preocupação de reconduzir “às coisas como elas são” foi objeto de estudo por Mauro Hiane Moura (*Op. Cit.*) e por José Guilherme Giacomuzzi (*Estado e contrato – supremacia do interesse público “versus” iguladade – um estudo comparado sobre a exorbitância no contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011).

<sup>47</sup> Falamos disso logo na introdução.

<sup>48</sup> GIACOMUZZI, José Guilherme. *Op. Cit.*, p. 33 e ss.

assistemático<sup>49</sup>. Os julgados mencionados aclaram bem esta perspectiva. Somente com o amadurecimento atual das questões referentes ao *direito dos contratos administrativos nacional*, seja do ponto de vista da doutrina jurídica, seja do ponto de vista dos aspectos político-econômicos relevantes para os países e para os investidores, seja, ainda, considerando os desdobramentos das diversas disputas solucionadas no jurisprudencial, é que o impacto da regulação deste tipo de negócio jurídico pode ser inteiramente compreendido e criticado, na diversidade com que a matéria se apresenta. A realização de revisão preliminar dos estudos teóricos já desenvolvidos, para propor parâmetros aos contratos estatais, esclarece o alcance das diferentes percepções acerca do fenômeno da regulação dos contratos administrativos.

Diante de tudo o que foi exposto, considera-se que:

(a) O contrato administrativo não se confunde com outros institutos do direito administrativo, como o convênio, o ato administrativo etc.;

(b) O modelo de definição dos contratos administrativos e dos contratos de direito comum (ainda que ambos sejam feitos pelo Poder Público) estabelecido por parte da doutrina e jurisprudência nacionais é insuficiente;

(c) Certas definições e parâmetros as contratos administrativos foram importados de modo equivocado;

(d) O paradigma definidor dos contratos administrativos que parte da existência ou não de cláusulas exorbitantes não é suficiente;

---

<sup>49</sup> STJ, REsp. nº 633.432-MG, Rel. Min. Luiz Fux, j. 22/02/2005; STJ, AgRg no AI nº 1.048.984-DF, Rel. Min. Castro Meira, j. 09/09/2008; STJ, Resp. 1.112.895-SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 17/11/2009. Ainda, temos o caso paradigmático da CEEE (STJ, Resp. nº 606.345-RS, Rel. Min. João Otávio Noronha, j. 17/05/2007) que, ao que parece, não está em conformidade com o entendimento do STF na ADI nº 1.42-MG, Rel. Min. Eros Grau, j. 03/04/2008.

(e) Os critérios orgânico, formal e material para definir um contrato como sendo “administrativo” não podem ser vistos de modo único, mas sim, somados, quando se quer estabelecer os elementos dogmáticos do instituto;

(f) Os contratos administrativos podem sofrer uma maior, menor ou nenhuma influência do regime jurídico administrativo, porque a maior ou menor incidência do regime jurídico derogatório possui conexão com a necessidade de se proteger mais ou menos os direitos fundamentais diante de cada tipo contratual feito pelo Poder Público, bem como sua maior ou menor densidade é proporcional a maior ou menor discricionariedade evidenciada pelo modelo regulatório incidente, que, hoje, merece uma releitura;

(g) A densidade mais ou menos espessa do regime jurídico-administrativo (derrogatório) de cada contrato administrativo será parametrizada a partir de um critério diferente, o que prova que o regime jurídico dos contratos administrativos não é uniforme.

(h) Essa maior ou menor autonomia contratual deriva da maior ou menor discricionariedade conferida pelo sistema jurídico incidente, sendo este o parâmetro a ser estabelecido em termos de negócios jurídicos feitos pelo Poder Público, até porque este ramo do direito administrativo não se fixa fora do âmbito da *legalidade administrativa*.

## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria das autolimitações administrativas atos próprios confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo: NDJ, v. 24, n. 5, mai. 2008

BÉNOIT, Francis-Paul. *Le droit administratif français*. Paris: Dalloz, 1968.

CANE, Peter. *Administrative law*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

CAMMEO, Cesare. *I contratti della pubblica amministrazione*. Firenze: Carlo Cya, 1937.

CASSETTA, Elio. *Compendio di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 2015.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, t. 1, 2002.

CHAPUS, René. *Droit administratif général*. Paris: Montchrestien, t. 1, 2001.

\_\_\_\_\_. *Droit du contentieux administratif*. Paris: Montcherestien, 2008.

COLLINS, Hugh. *The law of contract*. Great Britan: Lexis-nexis, 2003.

COUTO E SILVA, Almiro do. Os indivíduos e o estado na realização de tarefas públicas. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado – cadernos de direito público*. Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, n. 57, 2003.

DAVIS, A.C.L. *The public law of government contracts*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

DEBBASCH, Charles. *Droit administratif*. Paris: Éditions Cujas, 1971.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2015.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Contributo para o estudo da atividade privada na Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1999.

\_\_\_\_\_. *Réquiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003.

FORSTHOFF, Ernst. *Traité de droit administratif allemand*. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 1969.

GAUDEMET, Yves. *Droit administratif general*. Paris: L.G.D.J, t. 1, 2001.

GAUDIN, Jean-Pierre. *Gouverner par contrat: l'action publique en question*. Paris: Presses de Sciences Politiques, 1999.

GIACOMUZZI, José Guilherme. *Estado e contrato – supremacia do interesse público “versus” igualdade – um estudo comparado sobre a exorbitância no contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: F.D.A., t. 1, 2004.

LAFERRIÈRE, Édouard. *Traté de la jurisdiction administrative et des recours contentieux*. Paris: Berger-Levrault, 1896.

LAUBADÈRE, André de. *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, v. 1, 1956.

MAYER, Pierre. Le mythe de “l'ordre juridique de base” (ou Grundlegung). In: *Le droit des relations économiques internationales*. Études offertes à B. Goldman. Paris: Litec: 1982.

MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Belo Horizonte: Manole, 2005.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, v. 1, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: v. 209, jul.-set. 1997, p. 81-90.

MOURA, Mauro Hiane de. *A autonomia contratual da administração pública*. Rio de Janeiro: GZ, 2014.

- NEGREIROS, Thereza. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de gestão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- PÉQUIGNOT, Georges. *Théorie générale du contract administratif*. Paris: A. Pédone, 1945.
- POLLITT, Christopher. *Managerialism and the public services: the Anglo-American experience*. Oxford: Blackwell, 1990.
- POUYAUD, Dominique e WEIL, Prosper. *Le droit administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, 2012.
- RICHER, Laurent. *Droit des contrats administratifs*. Paris: LGDJ, 2014.
- \_\_\_\_\_. *Les contrats administratifs*. Paris: Dalloz, 1991.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual – licitações e contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SPASIANO, Mario R. *Funzione amministrativa e legalità di risultato*. Torino: Giappichelli, 2003.
- UBAUD-BERGERON, Marion. *Droit des contrats administratifs*. Paris: Lexis-nexis, 2015.
- VELASCO, Recaredo Fernandes de. *Los contratos administrativos*. Madri: Victoriano Suarez, 1927.
- WALINE, Jean. *Droit administratif*. Paris: Dalloz, 2010.