Contratos administrativos na União Europeia e no Brasil: uma questão contemporânea comum^{*}

Administrative contracts in the European Union and Brazil: a common contemporary issue

Juliano Heinen^{**}

RESUMO

O trabalho expõe analiticamente a concepção jurídica e econômica dos contratos administrativos que, no cenário da União Europeia e do Brasil, tornam útil e necessária a construção de um modelo teórico capaz de responder a algumas dificuldades já identificadas. Entre essas dificuldades, pode-se citar a definição do âmbito de aplicação do regime jurídico de direito público e de direito privado, bem como a harmonização de

* Artigo recebido em 02 de maio de 2017 e aprovado em 17 de julho de 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v276.2017.72996>.

** Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: julianoheinen@hotmail.com.

Doutorando em direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Procurador do estado do Rio Grande do Sul. Professor de graduação e pós-graduação (Faculdade FMP e Faculdade Meridional – Imed, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Universidade de Santa Cruz do Sul, Universidade de Caxias do Sul, Universidade Ritter dos Reis/*Laurent University*) e em cursos de extensão (Escola Superior da Magistratura Federal, Escola Superior de Advocacia Pública, Fundação Escola Superior da Defensoria Pública).

divergências conceituais presentes em diversas modalidades de contratos públicos, promovidas por diferentes entes do poder público como um todo. Assim, a partir da perspectiva contemporânea, são estabelecidos os limites e as possibilidades jurídicas de uma maior ou menor autonomia contratual por parte da administração pública brasileira e europeia. Por fim, é relevante a análise da Diretiva europeia nº 2014/24 como modelo normativo ao desenvolvimento do tema no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE

Contrato administrativo — administração pública — autonomia contratual — União Europeia — Brasil

ABSTRACT

This paper intent to analyze analytically the law and economic conceptions of administrative contracts which, in the context of the European Union and Brazil, make useful and necessary the construction of a theoretical model capable of responding to some difficulties already identified. Among these difficulties, we can cite the definition of the scope of the legal regime of public law and private law; And the harmonization of conceptual differences present in different modalities of public contracts, promoted by different entities of the state as a whole. Thus, from the contemporary perspective, it establishes the legal limits and possibilities of a greater or lesser contractual autonomy on the part of the Brazilian and European Public Administration. Finally, the analysis of European Directive 2014/24 as a normative model for the development of the subject in Brazil is relevant.

KEYWORDS:

Administrative contract — public administration — contractual autonomy — European Union — Brazil

1. Introdução

As figuras jurídicas, especialmente aquelas que estão atreladas ao direito administrativo, são contingentes, porque respondem aos câmbios processados na realidade. Nota-se um bom exemplo disso 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, o que já foi feito na União Europeia e está sendo feito no Brasil. E é por isso que merece ser feita uma análise comparativa e uma integração entre o bloco de países daquele continente para com essa nação americana.¹

As razões da escolha comparada e o foco da comparação foram escolhidos por várias razões: primeiro, porque a legislação brasileira muito se aproxima do modelo europeu de contratações públicas, notadamente o francês. Logo, a comparação mostra-se natural. Segundo, porque várias alterações produzidas recentemente na Europa — e aqui analisadas — podem ser subsídios importantes na melhoria do substrato legislativo brasileiro. Ademais, o projeto de lei que tramita na Câmara dos Deputados (nº 6.814/2017) incorpora vários institutos das diretivas da União Europeia (como a figura do “diálogo competitivo” — art. 29). Por tudo isso, apesar de existirem outros sistemas muito avançados no tema, como o neozelandês, preferiu-se, neste trabalho, tratar especificamente da comparação da experiência nacional para com a europeia, conforme motivos expostos.

Vale dizer que, 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.² E, nesse aspecto, os “negócios” feitos pelo Estado possuem uma maior ou menor incidência do regime jurídico-público — instituto também a ser definido na sequência. Ou mesmo há negócios que são feitos pelos organismos estatais, seja da União Europeia, seja do Brasil, sem sequer possuir uma disciplina normativa.

¹ A importância da análise comparativa dos contratos administrativos pode ser conferida nos vários artigos dispostos na obra organizada por NOGUELLOU, Rozen. *Droit comparé des contrats publics*. Paris: Editions juridiques Bruylant, 2011.

² 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 12.486/2011 (que institui o Regime Diferenciado de Contratações — RDC), Lei nº 12.815/2013 (Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários), Lei nº 13.019/2014 (Estabelece o regime jurídico das parcerias voluntárias); Lei nº 13.303/2016 (que estabeleceu parâmetros contratuais às empresas estatais) etc.

Esse crescente surgimento de novas e diversas categorias negociais vem a responder a exigência de se ofertar uma verdadeira “**administração pública de resultados**”,³ na busca inquieta pela prestação de serviços públicos de qualidade. Tal realidade faz nascer (ou encontrar) novas formas de gestão ou métodos alternativos que servem para reduzir os gastos públicos, na tentativa de fornecer, portanto, serviços públicos de qualidade para os cidadãos. Atrelado a esse fundamento, o **consenso** ganha, atualmente, cada vez mais espaço, realçando, portanto, a figura do **negócio jurídico administrativo**,⁴ em detrimento do **ato administrativo**, esse último marcado pela **unilateralidade**.⁵ Não é à toa que, na última década, inúmeras leis aumentaram ainda mais a interação público-privada na gestão das tarefas administrativas.⁶ O contrato administrativo é crucial para o exercício das funções públicas, sendo considerado, inclusive, um meio de intervenção na economia.⁷ Seu uso tem transformado os métodos de gestão de administração, a tal ponto que se fala de “administração de contratos” para descrever esta nova forma de gestão dos interesses coletivos.

³ Veja: POLLITT, Christopher. *Managerialism and the public services: the Anglo-American experience*. Oxford: Blackwell, 1990; SPASIANO, Mario R. *Funzione amministrativa e legalità di risultato*. Turim: Giappichelli, 2003. Especialmente p. 255 e ss.

⁴ Deve-se destacar, por certo, que nem todos os negócios jurídicos privados são decorrentes do consensualismo. Lembre-se que, na Alemanha, existem quatro figuras contratuais privadas no Código Civil (BGB), sendo o “contrato”, como se conhece no Brasil, somente uma delas. Sobre essa perspectiva, em direito privado, consultar: TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: _____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 199-201. Franz Bydlinski (*Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes*. Viena: Springer: 2013) recomenda a não interpretar o negócio jurídico unicamente a partir da autonomia privada, bem como não colocar todo o peso nesse instituto. Assim, deixa-se claro que não se está a fazer uma comparação com o direito privado, mas sim, está-se a focar, neste ensaio, em uma perspectiva eminentemente jurídico-administrativa, na medida em que se tem de analisar quando o Estado possui maior ou menor “autonomia contratual”.

⁵ Não se esqueça de que os negócios jurídicos públicos não são mais do que 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. Além disso, os contratos feitos pelos entes públicos reclamam uma concorrência entre interessados, característica, aliás, que foi decisiva para se dar proeminência à figura do contrato administrativo. Isso ficou claro no *arrêt* oriundo do Conselho de Estado francês (CE), de 7 abril de 2007 (Comune d’Aix-en-Provence).

⁶ V.g., Lei nº 11.079/2004 (Lei das Parcerias Público-Privadas); Lei nº 9.790/1999 (que disciplina as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público); Lei nº 13.019/2014 (Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil); Lei nº 9.637/1998 (Lei das Organizações Sociais) etc.

⁷ GUETTIER, Christophe. *Droit des contrats administratifs*. Paris: Presses Universitaires de France, 2011. p. 42-43.

Contemporaneamente, percebe-se que a *Directive 2014/23/EU*⁸ bem delimita a importância do tema: os **contratos públicos (negócios administrativos)** desempenham um papel fundamental na estratégia da 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”). Essa diretiva se 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.⁹

Assim, tanto o conceito quanto os limites de uma maior ou menor incidência de um regime derogatório (*v.g.*, que impõe 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 brasileira que trata do tema (*v.g.*, Lei nacional nº 8.666/1993), como se viu, 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 ou menor incidência de um regime jurídico administrativo — que não poderá ficar ao alvedrio do poder público, sob pena de violar os princípios administrativos mais mezinhos.

Logo, mostra-se insuficiente a categorização do contrato administrativo como sendo o negócio jurídico acometido de “cláusulas exorbitantes”, estando 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.

Então, pode-se compreender que existem, no âmbito do direito administrativo brasileiro e do europeu, pelo menos dois regimes contratuais que

⁸ Editada pelo Parlamento Europeu, órgão da União Europeia, em 26 de fevereiro de 2014. Tem por objeto, especialmente, a adjudicação de contratos de concessão de serviço público.

⁹ 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*”.

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 feita de modo casuístico. Assim, o estudo sistemático do problema deverá revelar soluções ao debate mencionado. Para todos os sujeitos que atuam nos campos jurídico, econômico, 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. Nesse sentido, a transposição das Diretivas nº 2014/23 e nº 2014/24 para o direito interno é um projeto complicado, e que merece ser refletido como paradigma, por exemplo, ao Brasil.¹⁰

2. Perspectivas europeia e brasileira

As experiências europeia e brasileira, em verdade, podem ser resumidas em três perspectivas jurídicas muito claras, que desde já podem ser antecipadas: (a) A perspectiva **francesa** entende que o Estado pode celebrar tanto contratos administrativos como contratos de direito privado (que chamará de “contratos da administração”); o Brasil parece adotar, ao menos em termos de direito positivo, essa vertente; (b) A perspectiva **alemã** possui resistência à figura dos “contratos administrativos”, porque a atividade da administração, ou seria disciplinada pelo direito privado — e os contratos poderiam ser celebrados, mas seguindo a perspectiva privatista —, ou não se submete a tal regime jurídico, e o poder público resumir-se-ia a perfazer *atos unilaterais* (no máximo *com contratos adjetos*);¹¹ (c) Ou se entende que os contratos feitos pelo

¹⁰ Não se tem mais dúvida que há um “direito administrativo europeu”, que convive com os “direitos administrativos” das nações que fazem parte da referida união de países. Não é à toa que Schwarze considera que a União Europeia pode ser reputada como “uma comunidade de direito administrativo” (SCHWARZE, Juergen. *Europäisches Verwaltungsrecht — Entstehen und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft*. Baden-Baden: Nomos, 1988. v. 1, p. 3).

¹¹ No Brasil, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (*Princípios gerais de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010. v. 1, p. 689-690) não deixa dúvidas no sentido de adotar esse posicionamento: “Daí a conclusão: inexistente contrato administrativo. Alguns atos administrativos são complementados por contratos sobre a equação econômico-financeira a eles pertencentes. Aliás, tal se dá tão somente com a concessão de obra ou de serviço público. Os outros pretensos contratos administrativos não passam de contratos de direito privado,

Estado **existem, mas nenhum deles poderia se submeter ao direito privado**. Todos eles seriam típicos contratos administrativos.¹²

Essa dicotomia gerou todo tipo de polêmica, tanto no direito administrativo brasileiro como no europeu. Já se pode antecipar, aqui, que contemporaneamente há erros de premissa nas definições, porque não se deve partir do direito privado para definir os contratos administrativos, como se quisessem “enfiar” o conceito de “contrato” delimitado pelo direito civil nas “entranhas” do direito administrativo. E, ademais, há outro equívoco metodológico nesse aspecto: o próprio conceito de “contrato administrativo” não pode partir do direito público em comparação ao privado. Há, portanto, de se firmar um estereótipo genuíno ao tema, especialmente se tomarmos por base o arranjo jurídico brasileiro como um todo.

2.1 A experiência francesa

A profusão dos negócios jurídicos, em França, passou a acontecer especialmente nas **primeiras décadas do século XX**, quando foram concluídas várias espécies de contratos administrativos. Antes, os contratos feitos pelo poder público eram categorizados a partir do Código Civil de 1840 (Código Napoleônico).¹³ Contudo, havia problemas nessa escolha, percebidas muito claramente pelo Conselho de Estado francês, que passou a fazer uma distinção do regime jurídico aplicado, o qual não se confundia com aquele estipulado pelo Código Civil. Resumidamente, passaram a ser aceitas as seguintes figuras contratuais: (a) contratos de **delegação**; (b) contratos de **atribuição**; e (c) contratos de **colaboração**.¹⁴

com regime especial, porque a lei assim dispõe e os administrados, ao perfazerem o acordo de vontades, aderiram aos seus dispositivos, que se tornaram cláusulas contratuais, ou as próprias partes, no ajuste, aquiesceram em lhe dar regime especial”.

¹² Aqui, mais uma vez, deixa-se claro que não se está a falar em uma maior ou menor consensualidade contratual — o que, como se viu, sequer possui consenso no âmbito do direito civil. Está-se a diagnosticar a incidência de um maior ou menor regime jurídico-administrativo.

¹³ YOLKA, Philippe. *Droit des contrats administratifs*. Paris: LGDJ, 2013. p. 19; Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios gerais de direito administrativo*, op. cit., p. 676.

¹⁴ DEBBASCH, Charles. *Droit administratif*. Paris: Cujas, 1971. p. 346. Para uma análise detalhada do tema: PÉQUIGNOT, Georges. *Théorie générale du contract administratif*. Paris: A. Pédone, 1945; AUBY, Jean-Bernard. *Economie et droit du contrat administratif*. L'allocation des risques dans les marchés publics et les délégations de service public. Paris: La Documentation française, 2005; HOEPFFNER, Hélène. *Droit des contrats administratifs*. Paris: Dalloz, 2016.

Assim, somente alguns contratos são determinados pelo direito administrativo. Então, na França, **a lei poderá determinar se um contrato segue ou não o regime derogatório público**.¹⁵ Mas não é só. De outro lado, há outros negócios jurídicos cujo objeto determina a incidência do regime jurídico-administrativo, como aqueles que têm por objeto os serviços públicos. Assim, deve-se fazer um “**teste duplo**” para se tentar conseguir ao menos uma resposta preliminar nesse sentido.¹⁶

Na França, a figura do contrato se desenvolve com mais intensidade nos anos 1870 e 1880.¹⁷ A conjuntura da época apresenta uma mudança radical de paradigma,¹⁸ enfim, percebe-se, nessa 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 (PPPs)**. O certo é que, durante todo esse 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 essa resposta, em verdade, acaba por responder, de outro lado, a outros questionamentos: *qual o conceito de contrato administrativo?* E, por consequência, ter-se-iam de definir, é claro, *os elementos dogmáticos do contrato administrativo*.

Em termos bastante objetivos, o direito francês é tomado pela mesma problemática vivenciada no Brasil e em outras partes do mundo. Mas, com um detalhe importante: a França submete-se a toda série de diretivas normativas oriundas da União Europeia, fator a fornecer um sistema jurídico ainda mais complexo. Para os franceses, uma importância prática dessa

¹⁵ Esse 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). Esse 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 econômicas e financeiras).

¹⁶ CHAPUS, René. *Droit administratif général*. Paris: Montchrestien, 2001. t. 1, p. 544-545.

¹⁷ 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 provém do direito administrativo, mas sim do direito privado (p. 7). No mesmo sentido: RICHER, Laurent. *Droit des contrats administratifs*. Paris: LGDJ, 2014. p. 70 e ss.

¹⁸ O contrato administrativo é um dos processos de ação do poder público, e se tornou cada vez mais importante em nosso tempo, deixando o processo de ação unilateral, característica do poder público, um pouco “desvalorizado” (CHANG, Donatien. *Contrats de collaboration public-privé: un point de vue comparatif*. Marseille: Puam, 2011. p. 198).

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 administrativo**, e não pela via da **justiça comum (privada)**.¹⁹ Essa consequência, claro, não possui relevância no sistema jurídico brasileiro, justamente porque, aqui, a jurisdição é uma só.

No início do século XX, os elementos dogmáticos do que se chamou, à época, de “**ato misto**”,²⁰ passam a ser sistematizados, especialmente quando ganha prestígio o que, depois, se denominaria de “**contrato de concessão de serviço público**”. Era “misto” porque esse vínculo tinha duas partes: a regulamentação e organização do serviço público (parte regulamentar — **abstrata**) e as disposições negociais com a concessionária (parte contratual — **concreta**).²¹ E, normalmente, o contrato é estabelecido em duas fases: na primeira, são estabelecidas as **cláusulas contratuais**, tendo efeitos entre as partes, para, em seguida, na segunda parte, **imponem-se a terceiros**. 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 se estivesse diante da **presença do Estado** em um dos polos da relação jurídica; (b) **Critério material**: o negócio jurídico seria considerado “administrativo” — e, portanto, sujeito a este regime jurídico — caso possuía a presença das ditas “**cláusulas exorbitantes**”,²² ou quando visasse a **executar um serviço público**.²³

Assim, o sistema jurídico francês alternou-se, ora adotando um, ora adotando outro critério. Pode-se dizer, de maneira bastante resumida, que a doutrina e a jurisprudência francesas passaram a se ocupar do problema com mais intensidade justamente quando passaram a ser questionados os

¹⁹ Lembrando que a jurisdição francesa é dual, ou seja, possui duas esferas de contestação: a administrativa e a privada. O direito brasileiro, vale destacar, é constituído de uma única esfera de jurisdição. Para um estudo do contencioso administrativo na França, consultar: LAFERRIERE, Édouard. *Traté de la juridiction administrative et des recours contentieux*. Paris: Berger-Levrault, 1896; CHAPUS, René. *Droit du contentieux administratif*. Paris: Montchrestien, 2008.

²⁰ René Chapus, *Droit du contentieux administratif*, op. cit., p. 496-497.

²¹ A originalidade do **ato misto** é acolhida pelo Conselho de Estado francês, tendo como paradigma o caso: CE, *Synd. des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*, 21 dec. 1906.

²² Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 117-118. Na jurisprudência, consultar: TC 15 nov. 1999, *Comm. de Bourisp*; CE, 11 maio 1990, *BAS de Blenod-les-Pontà Mousson*; CE, 31 jul. 1912, *Sté des Granits porphyroïdes des Vosges*.

²³ GAUDEMET, Yves. *Droit administratif general*. Paris: LGDJ, 2001. t. 1, p. 678 e ss.

contratos firmados pelos estabelecimentos públicos de direito privado, como as firmas industriais controladas pelo poder público. Em 2014, um importante julgamento²⁴ resumiu o problema da seguinte forma: (a) será de **direito privado** o contrato que trate das **atividades fins da sociedade industrial**; e (b) será considerado **administrativo** o contrato que **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 nesse ano — tanto em nível normativo como em âmbito jurisprudencial.²⁵

2.2 A experiência alemã

A resistência do direito administrativo alemão aos negócios jurídicos tinha um fundamento-base: essa 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 supremacia mencionada não teria condição de se compatibilizar com esse tipo de negócio jurídico.²⁶

Assim, argumentos para negar a possibilidade de o poder público ser parte em um contrato não faltaram. Citam-se alguns deles: (a) o **princípio da autonomia da vontade** das partes não poderia ser, na realidade, exequível, porque a administração pública estava atrelada ao princípio da legalidade e da impessoalidade, fatores “incompatíveis” — assim se pensava — com a mencionada autonomia; (b) A noção geral de **potestade** ou de **supremacia da**

²⁴ TC, 7 abr. 2014, *Société Services d'édition et de ventes publicitaires*.

²⁵ Podem-se citar, aqui, as diretivas editadas pelo Parlamento e Conselho europeus de 26 de fevereiro de 2014, bem como, na França, ao seu turno, pela publicação do *arrêt* do Conselho de Estado (CE), 4 abr. 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, que permitiu que terceiros viessem a questionar, judicialmente, os contratos administrativos, desde que provem deter um interesse lesado por esse negócio questionado. Esse julgamento, como dito, rompe com uma antiga jurisprudência, porque o contencioso administrativo somente era aberto para as partes do contrato, ou aos pretendentes em sua execução. Apesar disso, a fim de compatibilizar o princípio da legalidade com a estabilidade das relações contratuais, entendeu-se que os terceiros somente podem contestar ilegalidades particularmente graves ou diretamente relacionadas com seu interesse ferido. Esse período é tão importante no âmbito europeu que chegou a ser chamado por Laurent Richer como “o ano dos contratos administrativos” (Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., introdução).

²⁶ Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios gerais de direito administrativo*, op. cit., p. 674-675.

administração pública, que estava lastreada na figura dos “atos de império”, parecia soar incongruente com qualquer figura negocial; (c) Acreditava-se que o **princípio do *pacta sunt servanda*** geraria, com o tempo, a verdadeira submissão dos entes estatais à vontade privada, porque esse instituto propugna a manutenção e o cumprimento do originariamente pactuado pela vontade das partes etc.

Em resumo, o direito germânico encarou a figura do “contrato administrativo” com bastante resistência, dado que esse âmbito do direito era marcado pelo **ato administrativo** e toda a **unilateralidade** que dele derivava. Não havia espaço, portanto, à bilateralidade dos contratos administrativos, porque o Estado estaria a se demitir de sua soberania.²⁷ Logo, em um primeiro momento, o regime jurídico-administrativo germânico se desenvolveu sem a previsão da figura do negócio jurídico, contrapondo-se, pois, ao instituto-chave do direito privado, ou seja, ao contrato.²⁸

Em momento posterior, o direito administrativo alemão passou a admitir o que se denominou de “**atos de gestão**”: figuras negociais em que o consenso minimizava a carga impositiva, advinda do ato administrativo. E esse foi um passo decisivo, ao nosso sentir, na aceitação da figura do contrato administrativo. Assim, a noção desse instituto, na Alemanha, não pode ser comparada à compreensão francesa, e mesmo à brasileira.²⁹

A partir de 1945, a doutrina que se ocupava do direito administrativo passou a admitir, ainda que ocasionalmente, que o poder público pudesse fazer uso do contrato administrativo.³⁰ Esse entendimento contribuiu 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 passou a aceitar **acordos informais** ou a existência do “**ato administrativo negociado**” (*ausgehandelter*

²⁷ FORSTHOFF, Ernst. *Traité de droit administratif allemand*. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 1969. p. 417-418. Essa perspectiva pode ser criticada na medida em que a própria soberania do Estado pode ser limitada, o que revela que as pessoas não sejam sempre subordinadas ao Estado (LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 238). E isso é ainda mais claro contemporaneamente, ante a incidência do “feixe” de direitos fundamentais previstos na Constituição.

²⁸ Cf. HORSTKOTTE, Michael et al. *Vergabe öffentlicher Aufträge: Eine Einführung anhand von Fällen aus der Praxis (Recht und Verwaltung)*. Stuttgart: Kohlhammer W., GmbH, 2014.

²⁹ SILVA, Almiro do Couto e. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado* — cadernos de direito público, Porto Alegre, n. 57, p. 200, 2003.

³⁰ MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Belo Horizonte: Manole, 2005. 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).

Verwaltungsakt). Tempos depois, a partir da edição da Lei de Procedimento Administrativo, de 25 de maio de 1976³¹ (*das Verwaltungsverfahren*), foi instituída a figura do que lá se convencionou chamar de “**contrato administrativo**”. Na verdade, é estabelecido um **modo de atuação do poder público**, mas ainda ligado à figura do **ato administrativo**. Então, a figura do “contrato administrativo” alemão pretende estabelecer verdadeiro **programa de atuação** da administração pública.³²

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**. Esse câmbio transformou a relação entre Estado e cidadão, e este não é mais um mero destinatário do *jus imperio*, mas um sujeito de direitos que participa dos desígnios da gestão pública. Atua, então, como verdadeiro “parceiro”.³³

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 nesse sentido.³⁴ Também, importante mencionar que, na falta de regulações específicas sobre o tema, os **princípios gerais do direito administrativo** são utilizados como base normativa para se perfazer certos acertos (consensuais, é claro) entre o poder público e os cidadãos. Do direito alemão, portanto, pode-se retirar uma certeza: que o contrato administrativo (ou a expressão que possa se utilizar

³¹ Lei do Processo Administrativo alemão, §§54 a 61. Tal diploma normativo trata dos contratos administrativos apenas nestes dispositivos (Hartmut Maurer, *Direito administrativo geral*, op. cit., p. 402).

³² Não é à toa que Hartmut Maurer (ibid., 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.

³³ Cf. HERTWIG, Stefan. *Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe: Systematik, Verfahren, Rechtsschutz*. Munique: C. Beck, 2016. p. 42-43.

³⁴ Ao que nos parece, algumas normas abrem espaço para a negociação entre o cidadão e o Estado alemão. Exemplo: 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, que permite a dação em pagamento de tributos pela entrega de obras de arte). Esses diplomas jurídicos estabelecem certas “regulações negociais” entre os particulares e o Poder Público (Hartmut Maurer, *Direito administrativo geral*, 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.

para substituir essa figura jurídica) reclama **acordo de vontades**. E esse consenso, segundo o §54 da Lei do Procedimento Administrativo alemão de 1976, permite que uma **relação jurídica** seja **fundada, modificada ou anulada dentro e por meio do regime jurídico-público**.

Aliás, o termo “direito público” (*öffentliche Rechts*) é bastante utilizado quando a mencionada legislação visa a tratar dos contratos administrativos. Nesse aspecto, o **objeto dessa espécie de contrato** deve dizer respeito a uma **relação jurídica de “direito público”**. E essa 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 seguem o regime jurídico-administrativo. Inclusive, duas pessoas jurídicas de direito público podem estabelecer contratos de direito privado.³⁵ Assim, especialmente com base no §54 da Lei do Processo Administrativo, adotou-se um **critério objetivo** para a diferenciação entre os contratos de direito público e privado, porque o que define cada qual é seu **objeto**, e **não as pessoas** que contratam (quando, então, adotar-se-ia o **critério subjetivo**). E tal objeto deve ser averiguado a partir do seu **conteúdo**, enfim, se está a disciplinar uma **relação jurídica-administrativa**.³⁶

É claro que também podem existir situações não muito claras, porque as premissas fixadas pela jurisprudência ou pela legislação não fornecem uma solução evidente nesse sentido. Diante desse cenário, deve se levar em conta a **finalidade do negócio jurídico** com uma tentativa de se fixar qual o regime jurídico que rege o contrato feito pelo poder público.

Em síntese, existe uma parte específica do sistema jurídico-administrativo germânico para os contratos administrativos, que fica dentro da *lei de procedimento administrativo* de 1976, apelidada de “VwVfg” — um capítulo da lei rege os contratos administrativos (§§54 até 62). Ocorre que, na prática, o contrato administrativo não é muito usado, dando lugar aos contratos usuais, de direito privado, dos quais a administração pública também pode se valer (compra e venda, prestação de serviços etc. são os mesmos contratos de direito civil), e, sobretudo, para os atos administrativos unilaterais. A rigor, a lei prevê que atos administrativos unilaterais podem ser substituídos por

³⁵ Hartmut Maurer, *Direito administrativo geral*, op. cit., p. 411.

³⁶ 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 etc.

contratos administrativos, mas obviamente a tendência, nesse caso, é de o poder público não abrir mão dos poderes unilaterais.

2.3 A experiência da União Europeia

A formação da União Europeia, como se sabe, impactou intensamente na administração, execução e organização dos Estados que compõem esse bloco. A tal ponto de serem editados vários atos normativos vinculantes em uma série de áreas, como a cível, a penal e, claro, a administrativa. E, nesse aspecto, as contratações públicas não ficaram à mercê dessa disciplina jurídica. Significa dizer que os países que integram a União Europeia tiveram de adaptar a forma de contratação feita pelo poder público.

Os atos legislativos mais importantes exarados pelo dito bloco comum de nações foram as Diretivas Comunitárias nº 2004/18/CE e nº 17/2004/CE. Em 2014, três outros atos foram aprovados e impactaram bastante esse tema, os quais passaram a vigorar em 17 de abril do mesmo ano: Diretivas nº 2014/23/CE — que trata do contrato **concessão de serviço público**; nº 2014/24/CE — que revoga a Diretiva nº 2004/18/CE, as quais disciplinavam as **aquisições públicas em geral**; e a Diretiva nº 2014/25/CE — que revoga a Diretiva nº 2004/17/CE, as quais normatizavam as **aquisições nos setores de água, energia, transporte e serviço postal**.³⁷

Tais atos normativos provocam câmbios significativos no tema, com a intenção de permitir uma maior **agilidade e flexibilidade no procedimento de contratação**. Paralelo a isso, realçam a necessidade de que as contratações públicas guardem **transparência, qualidade, inovação**, bem como a **tutela do interesse de outrem**, em termos de **meio ambiente e trabalho**.³⁸

Intenta-se concretizar isso tudo implementando-se vários mecanismos como: **ferramentas eletrônicas de qualificação** dos contratantes, **flexibilização** dos requisitos para contratar, introdução do “**procedimento de contratação com negociação**” e a “**parceria para inovação**”.³⁹ Esse último mecanismo pretende dotar o contratante público de instrumentos necessários a compreender de modo acurado o que o mercado oferece de mais inédito.

³⁷ CASETTA, Elio. *Compendio di diritto amministrativo*. Milão: Giuffrè, 2015. p. 409.

³⁸ Cf. AMILHAT, Mathias. *La notion de contrat administratif*. L'influence du droit de l'Union européenne. Paris: Bruylant, 2014.

³⁹ Elio Casetta, *Compendio di diritto amministrativo*, op. cit., p. 409-410.

Por isto, permite-se que se tenha, antes de se perfazer uma transação, uma **“consulta preliminar do mercado”**, a fim de colher informações e preparar bem como e o que a administração pública vai adquirir.

A **qualidade das aquisições** é tratada a partir dos **critérios para seleção da proposta mais vantajosa**. As diretivas europeias valoram mais a qualidade do que o preço dos produtos ou serviços a serem contratados.⁴⁰ Aliás, o modelo europeu é de extrema valia como paradigma ao cenário brasileiro: estabelece uma série de medidas importantes para a execução dos contratos, provando que não basta que se garanta a lisura do procedimento licitatório, sem uma efetiva fiscalização da execução do contrato, para o sucesso de uma contratação pública. Tanto que o art. 70 da Diretiva mencionada permite que sejam fixadas **condições especiais de execução contratual**, ou seja, cláusulas que estabeleçam modos específicos para o adimplemento das prestações. E essas condições devem focar a promoção de **contratos sustentáveis** em termos de meio ambiente, direitos dos trabalhadores, inovação tecnológica, desenvolvimento econômico etc. A União Europeia, com isso, informa ao mundo, mais uma vez, que, por meio das contratações públicas, pode-se evidenciar toda sorte de **políticas públicas**.

Também o modelo de **subcontratação** fixado pelo art. 71 da Diretiva europeia nº 2014/24 pode ser de extrema valia ao Brasil, quando o poder público é considerado **tomador de serviço**. Veja que o STF fixou, a partir da ADC nº 16, que o Estado deve responder, de forma subsidiária, pelos débitos trabalhistas inadimplidos pela empresa contratada.⁴¹ O modelo europeu que, nesse particular, permite **transferir parcelas do pagamento diretamente aos terceiros e na proporção de sua participação** poderia ser uma solução ao problema brasileiro das disputas judiciais envolvendo o tema, na medida em que o Estado contratante pagaria diretamente os trabalhadores, evitando toda sorte de problemas nesse sentido.

Merece atenção, ainda, o que está disposto nos arts. 67 a 69, os quais disciplinam o que se considera **“proposta vantajosa”**. Aqui, a União Europeia esbanja lucidez e pioneirismo no trato do tema. A Diretiva nº 2014/24 disciplina que o julgamento da **vantajosidade da proposta** deverá levar em conta o **“cálculo dos custos do ciclo de vida dos produtos”**, bem como se autoriza

⁴⁰ Marion Ubaud-Bergeron, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 241-243.

⁴¹ A celeuma judicial pode ser resumida pelos termos da Súmula nº 331 do TST, que permite a condenação subsidiária dos entes estatais a pagar débitos trabalhistas não adimplidos pelo contratado.

desconsiderar as “propostas anormalmente baixas”. Além disso, passa a conferir relevância às **externalidades do objeto contratado**, fatores nunca levados em conta pelo art. 45, §1º, da Lei brasileira nº 8.666/1993 (lei geral de licitações e contratos administrativos). De modo que o modelo europeu, que ressalta a **noção de “custo-eficácia”**, mostra ser um importante paradigma no tema. Sem contar que o fator **qualidade do objeto** passa a tomar um lugar central na seleção da proposta mais vantajosa, fator a ser inserido com mais vigor no cenário brasileiro. Assim, as licitações brasileiras podem tomar emprestado o modelo da União Europeia para passar a considerar, entre outros fatores: características estéticas, funcionais, sociais, ambientais e inovadoras; serviço e assistência técnica pós-venda e condições de entrega; acessibilidade; qualificações e experiência do pessoal encarregado da execução do contrato.

Muito mais poderia ser exposto aqui. Contudo, com essa amostra, consegue-se perceber que (a) a Diretiva europeia nº 2014/24 deve ser levada em conta para a estruturação das bases normativas dos contratos administrativos brasileiros; (b) ela redefine a noção clássica de “contrato administrativo”; (c) porque tal marco regulatório insere propositada e conscientemente espaços específicos de maior rigidez ou flexibilidade normativa.

2.4 A experiência brasileira

No Brasil, a discussão sobre a maior ou menor incidência do regime jurídico-administrativo⁴² deve ser pensada, primeiro, a partir do texto constitucional, para, então, perceber a questão em relação às delimitações legais e regulamentares.⁴³ De acordo com o que se disse até aqui, fica fácil perceber que a definição do contrato administrativo deve partir do sistema normativo que o disciplina, e as diretivas da União Europeia sobre o tema podem inspirar toda sorte de evolução da legislação nacional. Por isso que não se consegue uma definição passível de universalização.

⁴² Marion Ubaud-Bergeron, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 54-56.

⁴³ Nesse caso, deve-se 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, v. 24, n. 5, p. 552, maio 2008; FORSTHOFF, Ernst. *Traité de droit administratif allemand*. Bruxelas: Établissements Émile Bruylant, 1969. p. 165 e ss.

Pode-se 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.⁴⁴ O contrato feito pelas pessoas jurídicas estatais não foge desse aspecto, porque se trata de um negócio jurídico em que uma entidade estatal seja parte, regido ou não pelo direito público.⁴⁵ Assim, o contrato a ser estudado aqui é um ajuste de vontades que pode ou não ser governado pelo direito privado dos contratos.⁴⁶ Então, deve-se avaliar se a concepção de “contrato administrativo” exige ou não a presença de um regime jurídico derogatório. 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 o século XX e início do século XXI, estabeleceu definições, por assim dizer, “tradicionais”, mas que, contemporaneamente, como se viu, já não são mais passíveis de serem referenciadas por todos os negócios jurídicos estabelecidos pelos entes estatais.⁴⁷

Quanto aos contratos em espécie, a compreensão do tema pode se beneficiar de uma perspectiva inovadora, a ser aqui proposta. Por exemplo: em um contrato de concessão de serviços públicos, não se pode somente focar nas cláusulas ditas “exorbitantes”, mas, igualmente, em disposições que definem o direito dos usuários e de manutenção do serviço público.

⁴⁴ Ainda que se notem 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 dessas concepções nega que o contrato seja um acordo de vontades a estabelecer uma relação jurídica. O que se discute, justamente, é, em linhas gerais, a função que o contrato vem a desempenhar no mercado (por todos: Hugh Collins, *The law of contract*, op. cit., p. 29).

⁴⁵ E todo o contrato, seja ele passível de ser categorizado como “administrativo”, estabelece-se um vínculo jurídico entre as partes. Não destoia, 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 (BÉNOIT, Francis-Paul. *Le droit administratif français*. Paris: Dalloz, 1968. p. 616; WALINE, Jean. *Droit administratif*. Paris: Dalloz, 2010. p. 423).

⁴⁶ Sobre a noção de regime jurídico administrativo, consultar: POUYAUD, Dominique; WEIL, Prosper. *Le droit administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, 2012. p. 19-20; CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002. t. 1, p. 124.

⁴⁷ Maria João Estourinho (*Réquiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 109-110) perfaz uma crítica bastante densa sobre essa dita “definição tradicional” de contrato administrativo. 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 SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto. *Direito administrativo contratual — licitações e contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 277.

E essas últimas são um elemento jamais considerado nuclear nos contratos administrativos. 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 8.666/1993, devem compatibilizar os direitos ao Estado e os direitos do cidadão, perfazendo-se, aqui, uma releitura constitucional sobre o tema.⁴⁸ 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 investigado qual seria o maior ou menor grau de abdicação da nossa soberania. Veja que esse 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 parâmetros sistemáticos e objetivos para se inserir mais ou menos cláusulas exorbitantes.⁴⁹ O certo é que a maior ou menor densidade do 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,⁵⁰ e o respeito aos direitos fundamentais; (b) no plano *legal* ou *infraconstitucional*, a regulamentação deverá estabelecer a margem de incidência do regime jurídico-administrativo, 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,

⁴⁸ Conferir, para tanto, as proposições de Mauro Hiane de Moura (*A autonomia contratual da administração pública*. Rio de Janeiro: GZ, 2014. p. 449-450).

⁴⁹ A teoria da *Grundlegung* ("ordre juridique de base") chegou a ser desenvolvida para justificar a "internacionalização" dos contratos estatais, isto é, sua "natural" elevação ao *status* de contratos governados pelo direito internacional, a despeito da presença de uma parte privada, não sujeita a esse direito. 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 que governam o contrato. Denunciando a *Grundlegung* como um mito, veja: 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.

⁵⁰ As disposições do art. 37 sujeitam toda a atuação da administração pública. Além disso, os contratos administrativos devem respeitar as regras básicas acerca da competência, finalidade, forma etc. Para Augustín Gordillo (*Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: FDA., 2004. t. 1, p. XI-33), essa premissa se aplica ainda que se trate de contratos que sigam estritamente o direito privado.

o uso da autolimitação administrativa, por meio de *regulamentação infralegal*, confere uma maior ou menor autonomia de vontade em definir os conteúdos do contrato.

3. O problema

Para não correr o risco de utilizar conceitos equivocados, o leitor deve atentar para a origem do contrato — como categoria de direito privado —, bem como, especialmente, para a evolução dessa categoria jurídica em países como a França, a Alemanha, a Inglaterra ou mesmo na União Europeia. Assim, o estudo da gênese do instituto no âmbito de cada qual se mostra fundamental ao diagnóstico do problema. Tomando por base o que já se disse até então, pretende-se, então, 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”,⁵¹ 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 esse fundamento, o *consenso* ganha, atualmente, cada vez mais espaço, realçando, portanto, a figura do contrato, em detrimento do ato administrativo, esse 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.⁵²

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

⁵¹ Conforme: POLLITT, Christopher. *Managerialism and the public services: the Anglo-American experience*. Oxford: Blackwell, 1990; SPASIANO, Mario R. *Funzione amministrativa e legalità di risultato*. Turim: Giappichelli, 2003. Especialmente p. 255 e ss. Como exemplo de mecanismos pragmáticos da *administração pública de resultados*, pode-se citar o *framework document*, oriundo da Inglaterra, ou os *contratos-programa, empresa de plano* (com metas e objetivos predefinidos), 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).

⁵² De acordo com o que foi especificado logo no início da exposição.

como na seara jurisprudencial. Aliás, o assunto 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 é retrospectiva, enfim, descortina a evolução do tema, sem contudo estabelecer uma análise crítica e, quiçá, pretender propor critérios e parâmetros para a sistematização do problema aqui evidenciado.

4. Perspectiva contemporânea — proposta teórico-dogmática à definição dos contratos administrativos

Como foi visto, 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.

Para contemporanizar esses “problemas”, primeiro se deve 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, essa noção deve ser reconduzida a um dos pilares do direito administrativo, que é a noção de *legalidade administrativa*. E, de modo bem simples, a busca pela noção dessa categoria jurídica não pode se desgarrar dessa premissa.

Então, a primeira conclusão que se pode 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 se sabe 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, isso não é uma verdade⁵³ —, e em termos pragmáticos — tal premissa teórica não abarca as múltiplas atuações do poder público no tema.⁵⁴

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,⁵⁵ diante de casos em que o contrato seguia uma matriz privada, semiprivada ou totalmente pública etc., procurara estabelecer classificações. E essas classificações, por décadas, ainda que de modo “artificial”, passaram a eclipsar a atuação do Estado nesse campo. Apesar de toda uma série de questionamentos e incongruências evidenciadas cotidianamente,⁵⁶ 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 nessa oposição.⁵⁷ 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 esse nível que ditará a maior ou menor autonomia contratual por parte dos poderes públicos.

⁵³ A incidência de cláusulas exorbitantes depende da lei, o que, como se viu, reconduz às premissas teórico-dogmáticas da legalidade, da discricionariedade e da vinculação.

⁵⁴ 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.

⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 302-304. Já outra obra bastante popular no Brasil procura, ainda que de modo sintético, expor essa evolução como ponto de partida à definição da categoria de “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 de Moura (*A autonomia contratual da administração pública*, 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).

⁵⁶ Falou-se disso logo na introdução.

⁵⁷ José Guilherme Giacomuzzi, *Estado e contrato*, op. cit., p. 33 e ss.

5. Considerações finais

Deve-se ter em conta, como se disse, que a jurisprudência nacional dialoga com conceitos e premissas de modo assistemático.⁵⁸ Somente com o amadurecimento atual das questões referentes ao *direito dos contratos administrativos nacional* é que o impacto da regulação desse tipo de negócio jurídico pode ser inteiramente compreendido e criticado, na diversidade com que a matéria se apresenta, 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 nas cortes de justiça. A realização da 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.

Além disso, percebe-se que a experiência oriunda da União Europeia, especialmente a partir da edição da Diretiva nº 2014/24, redefine os modelos contratuais, estabelecendo um marco regulatório passível de servir como parâmetro ao direito nacional. Para tanto, vários assuntos tratados na referida legislação foram citados a fim de demonstrar que poderiam contribuir ao desenvolvimento qualitativo dos contratos feitos pelo poder público brasileiro.

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) A definição dos contratos administrativos estabelecida por parte da doutrina e da jurisprudência, seja brasileira ou europeia, mostra-se insuficiente;
- (c) Certas definições e parâmetros dos contratos administrativos foram importados ao Brasil de modo equivocado;
- (d) O paradigma definidor dos contratos administrativos que parte da existência ou não de cláusulas exorbitantes não é suficiente;

⁵⁸ Os julgados mencionados a seguir aclaram bem essa perspectiva: STJ, REsp. nº 633.432-MG, rel. min. Luiz Fux, j. 22/2/2005; STJ, AgRg no AI nº 1.048.984-DF, rel. min. Castro Meira, j. 9/9/2008; STJ, Resp. 1.112.895-SP, rel. min. Mauro Campbell Marques, j. 17/11/2009. Ainda, pode-se apresentar outro caso paradigmático da Companhia Riograndense de Energia Elétrica (CEEE) — (STJ, Resp. nº 606.345-RS, rel. min. João Otávio Noronha, j. 17/5/2007) que, ao que parece, não está em conformidade com o entendimento do STF explicitado na ADI nº 1.42-MG, rel. min. Eros Grau, j. 3/4/2008.

- (e) Os critérios orgânico, formal e material para definir um contrato como “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 presença do regime jurídico derogatório possui conexão com a necessidade de se proteger, em maior ou menor grau, 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 normativo 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 esse o parâmetro a ser estabelecido em termos de negócios jurídicos feitos pelo poder público, até porque esse ramo do direito administrativo não se fixa fora do âmbito da *legalidade administrativa*.

Referências

- AMILHAT, Mathias. *La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'Union européenne*. Paris: Bruylant, 2014.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria das autolimitações administrativas, atos próprios, confiança legítima e contradição entre **órgãos** administrativos. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 24, n. 5, maio 2008.
- AUBY, Jean-Bernard. *Economie et droit du contrat administratif. L'allocation des risques dans les marchés publics et les délégations de service public*. Paris: La Documentation française, 2005.
- BÉNOIT, Francis-Paul. *Le droit administratif français*. Paris: Dalloz, 1968.
- BYDLINSKI, Franz. *Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes*. Viena: Springer, 2013.

- 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*. Milão: Giuffrè, 2015.
- CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002. t. 1.
- CHANG, Donatien. *Contrats de collaboration public-privé: un point de vue comparatif*. Marseille: Puam, 2011.
- CHAPUS, René. *Droit administratif général*. Paris: Montchrestien, 2001. t. 1.
- _____. *Droit du contentieux administratif*. Paris: Montchrestien, 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, n. 57, 2003.
- DAVIS, A.C.L. *The public law of government contracts*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- DEBBASCH, Charles. *Droit administratif*. Paris: 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*. Bruxelas: Établissements Émile Bruylant, 1969.
- GAUDEMET, Yves. *Droit administratif general*. Paris: LGDJ, 2001. t. 1.
- 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: FDA., 2004. t. 1.

GUETTIER, Christophe. *Droit des contrats administratifs*. Paris: Presses Universitaires de France, 2011.

HERTWIG, Stefan. *Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe: Systematik, Verfahren, Rechtsschutz*. Munique: C. Beck, 2016.

HOEPFFNER, Hélène. *Droit des contrats administratifs*. Paris: Dalloz, 2016.

HORSTKOTTE, Michael et al. *Vergabe öffentlicher Aufträge: Eine Einführung anhand von Fällen aus der Praxis (Recht und Verwaltung)*. Stuttgart: Kohlhammer W., GmbH, 2014.

LAFERRIÈRE, Édouard. *Traté de la juridiction 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, 1956. v. 1.

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, 2010. v. 1.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 20 , p. 81-90, jul./set. 1997.

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.

NOGUELLOU, Rozen. *Droit comparé des contrats publics*. Paris: Editions juridiques Bruylant, 2011.

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; 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.

SCHWARZE, Juergen. *Europäisches Verwaltungsrecht — Entstehen und Entwicklung um Rahmen der Europäischen Gemeinschaft*. Baden-Baden: Nomos, 1988. v. 1.

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*. Turim: Giappichelli, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: _____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

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.

YOLKA, Philippe. *Droit des contrats administratifs*. Paris: LGDJ, 2013.