

**7ª Seção – Memória do  
Direito Administrativo**

***Section 7 – Retrospective  
of Administrative Law***



# DO CONTRATO ADMINISTRATIVO À ADMINISTRAÇÃO CONTRATUAL

---

*ADMINISTRATIVE CONTRACT AND CONTRACTUAL ADMINISTRATION*

**FLORIANO PEIXOTO DE AZEVEDO MARQUES NETO**

Livre-Docente em Direito Público pela USP. Professor Titular de Direito Administrativo da USP.

**ÁREA DO DIREITO:** Administrativo

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A gênese da noção de contrato administrativo. 3. A consequência: contrato administrativo como fonte relativa de obrigações. 4. A maldição do regime único. 5. As novas configurações da contratualidade administrativa. 6. Manifestações da Administração contratual. Bibliografia.

## 1. INTRODUÇÃO

Não<sup>1</sup> é exagero dizer que vivemos uma transformação radical no papel que o instituto contrato cumpre no Direito Administrativo, Desde o final da primeira metade do século passado até os dias de hoje, a ideia de um contrato de que participe o Poder Público percorreu uma longa trajetória, que vai desde a rejeição de que o Poder Público pudesse travar relações obrigacionais com os privados (BANDEIRA DE MELLO, 1979, p. 681; 1967, p. 25 e ss.) até o momento atual, em que se pode falar no contrato como instrumento para exercício das atividades-fim da Administração, e não apenas como instrumento para suas atividades-meio.

Não é objetivo do presente texto aprofundar essa discussão complexa e polêmica. Alguns autores já o têm feito com grande êxito (MOREIRA NETO, 2008; ALMEIDA, 2008; ESTORNINHO, 2009). Meu objetivo aqui é apenas delinear a trajetória da ideia de contrato de que participa a Administração Pública,

---

1. Artigo originariamente publicado na *Revista do Advogado*, São Paulo, ano XXIX, n. 107. p. 74-81, dez. 2009.

apontando para a importância do instituto na construção de uma Administração menos autoritária e mais consensual. Para isso, iniciarei expondo como a doutrina enfrentou o tema da Administração partícipe da relação contratual. Em seguida, tocarei os principais elementos caracterizadores e darei uma noção de contrato administrativo. Feito isso, passarei a tratar do regime jurídico desses contratos, analisando criticamente a unicidade desse regime. No tópico final, procurarei enunciar algumas manifestações da nova contratualidade, em que o Poder Público participa não em condição sobranceira, mas como parte da relação obrigacional.

## 2. A GÊNESE DA NOÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO

A ideia de contrato administrativo nem sempre foi pacífica na doutrina. No século passado, importantes autores rejeitavam essa ideia alegando que tal fórmula continha uma contradição. Se a Administração, centro da autoridade, participava da relação, não poderia haver contrato. Este pressupunha autonomia da vontade e equivalência entre partes contratantes. E o Estado-Administração, portador do poder soberano, nem tinha vontade, nem poderia ser nivelado à outra parte contratante. Partia-se aí da concepção de que, em se tirando as hipóteses de o Estado, autorizado por lei, firmar contratos regidos pela legislação civil (os chamados contratos privados da Administração), nos demais contratos não haveria que se falar na existência de um tipo peculiar de contrato administrativo, mas sim de um ato jurídico bilateral. Por essa visão, somente poderíamos falar de contrato no núcleo da relação econômico-financeira.

Embora ainda hoje haja autores que mantenham essa posição crítica ao conceito (BANDEIRA DE MELLO, 2002, p. 563), o debate restou superado a partir dos anos de 1960 do século passado, firmando-se a doutrina por entender que o instituto contrato pertenceria à Teoria Geral do Direito e que, no âmbito do Direito Administrativo, o contrato seria revestido de certas características peculiares, que conformariam o contrato administrativo. As principais peculiaridades dessa espécie de contrato corresponderia à presença de cláusulas exorbitantes (MEIRELLES, 1990, p. 191) e ao fato de não existir na sua origem nem a liberdade em contratar, pois a escolha do privado seria submetida em regra ao dever de licitar, nem, propriamente uma autonomia da vontade, pois a finalidade pública vincularia o agir da Administração contratante (DI PIETRO, 2008, p. 242; MEIRELLES, 1990, p. 190).

A doutrina brasileira consolidou-se em torno da tese de que os contratos administrativos são espécies do gênero contrato bilateral, tendo por objeto o

fornecimento de bens, a prestação de serviços, a execução de uma obra por um particular (pessoa física ou jurídica) ou, ainda, a alienação de bens públicos ou a delegação da prestação de um serviço público ou a outorga de direito privativo de uso.

Para a formação desse vínculo, seria necessário o atendimento de determinados requisitos (dotação orçamentária autorização específica, licitação pública), limitadores da margem de liberdade da Administração para contratar. Na execução desse contrato, haveria uma posição de supremacia da Administração, caracterizada pelas chamadas cláusulas exorbitantes (ENTERRIA; FERNÁNDEZ, 1997, p. 692), predadoras da prerrogativa para unilateralmente alterar, rescindir, intervir, fiscalizar e punir o particular. De outro lado, haveria, em favor do particular, uma reserva quanto às chamadas cláusulas econômicas da avença (preço, condições de pagamento, preservação da equivalência monetária, balanço entre obrigações e remuneração, etc.), de tal sorte que estas seriam não apenas vinculantes para a Administração, mas também incólumes diante das alterações ditadas pelo Poder Público ou mesmo daquelas decorrentes de fatores imprevistos (TÁCITO, 1971).

Essas concepções foram gradualmente incorporadas pela jurisprudência e, depois, pelo Direito Positivo. Vêm hoje refletidas em diversos dispositivos da Lei 8.666/1993, dentre os quais se destacam os arts. 58, 65, 67 e 79, inciso I (prerrogativas exorbitantes), e pelos arts. 57, § 1º, 65, inciso II, alínea *d*, e § 6º (preservação do núcleo econômico pactuado).

### 3. A CONSEQUÊNCIA: CONTRATO ADMINISTRATIVO COMO FONTE RELATIVA DE OBRIGAÇÕES

Ao se afastar das teorias que negavam a existência do contrato administrativo, contraditoriamente a doutrina brasileira acabou por esvaziar o contrato como fonte de obrigação para a Administração. Como se costumou asseverar, descaberia obrigar a Administração a cumprir o quanto pactuado num contrato, exigir a execução da norma contratual em favor do particular em muitas situações, porquanto não seria possível que “o interesse público ficasse vergado ao interesse particular” (BANDEIRA DE MELLO, 2002, p. 568).

Com efeito, a Teoria do Contrato Administrativo no Brasil, para consagrar o conceito, não refutou a tese de que a Administração poderia igualar-se ao privado na relação obrigacional. Ao contrário, tomou por pressuposto que a participação da Administração numa relação contratual não lhe retiraria a posição sobranceira, superior, assimétrica. Sendo a Administração, por definição, tutora

do interesse público, não poderia ela igualar-se ao privado. Disso decorreria: (a) a ausência de igualdade entre as partes; e (b) as prerrogativas de intervenção unilateral nas condições pactuadas (subjacentes às cláusulas exorbitantes). Sendo, em qualquer hipótese, a relação obrigacional assimétrica, e só podendo a Administração obrigar-se pela Lei, jamais poderia o particular contratado invocar o contrato para exigir que a Administração cumprisse o quanto se houvera obrigado.

No século XX, o contrato administrativo aproximou-se da expropriação diferida.

Fácil foi a difusão da concepção de relativa desvinculação da Administração das obrigações contratuais. O contrato administrativo, visto assim, não seria uma verdadeira fonte de obrigações para a Administração, mas sim uma pactuação provisória, sujeitando seu cumprimento à permanente análise de conveniência e oportunidade pelo agente público, compreendido como o único guardião do interesse público (seja lá o que isso signifique).

Mesmo para sua obrigação de pagar e de preservar as condições econômicas avançadas, a fonte da obrigação seria a lei, e não o contrato. Malgrado a doutrina do equilíbrio econômico e financeiro e de sua incolumidade, o grau de vinculação das partes ao seu respectivo plexo de obrigações também seria desigual: o particular, óbvio, não poderia descumprir o quanto a que se obrigara; a Administração (sempre sob o pálio do interesse público), eventualmente, poderia esquivar-se ou postergar sua obrigação de pagar o preço ajustado. Comuns tornaram-se as situações em que o Poder Público, alegando insuficiência de recursos ou dificuldades orçamentárias, impingiu aos seus contratados reduções unilaterais de valor sem equivalente diminuição de encargos, desrespeitando sobranceiramente o próprio âmago econômico da avença.

Tal assimetria mostrava-se mesmo no âmbito da obrigação de pagar (núcleo tido como incontroversamente obrigacional, pois que inerente ao núcleo econômico do contrato). Bons exemplos são os entendimentos doutrinários que refutavam a aplicação da cláusula de exceção do contrato não cumprido, por muito tempo tida pela doutrina como inaplicável ao contrato administrativo (MEIRELLES, 1990, p. 190). Apenas com o advento da Lei 8.666/1993 (art. 78, inciso XV) passou-se a permitir que o particular suspendesse a execução de suas obrigações caso a Administração deixasse de pagar as parcelas do preço contratado. Mesmo assim, essa possibilidade dependia da perduração da mora (por pelo menos 90 dias), não sendo aplicável a todos os contratos administrativos, como demonstra o art. 39, parágrafo único, da Lei 8.987/1995.

É célebre episódio ocorrido há alguns anos. A Administração de um grande Município estava inadimplente há meses no pagamento das tarifas pelo

fornecimento de luz. A distribuidora, amparada pela Lei, decidiu cortar o fornecimento a algumas repartições administrativas. E, assim o fez, não sem aviso prévio. Indignado, o Prefeito foi ao Judiciário combater a suspensão parcial do fornecimento, alegando que isso feria o interesse público (sempre ele), como se repartir a inadimplência contratual gerada pela má gestão municipal por todos os usuários do serviço público também não fosse ferir o interesse público. Naquela oportunidade, célere, o Judiciário fez lembrar a todos que contratos com o Poder Público, afinal de contas, não devem ser levados a sério! Determinou o imediato restabelecimento do fornecimento. Não determinou o imediato pagamento das contas em atraso, pois isso, afinal, iria contra o interesse público.

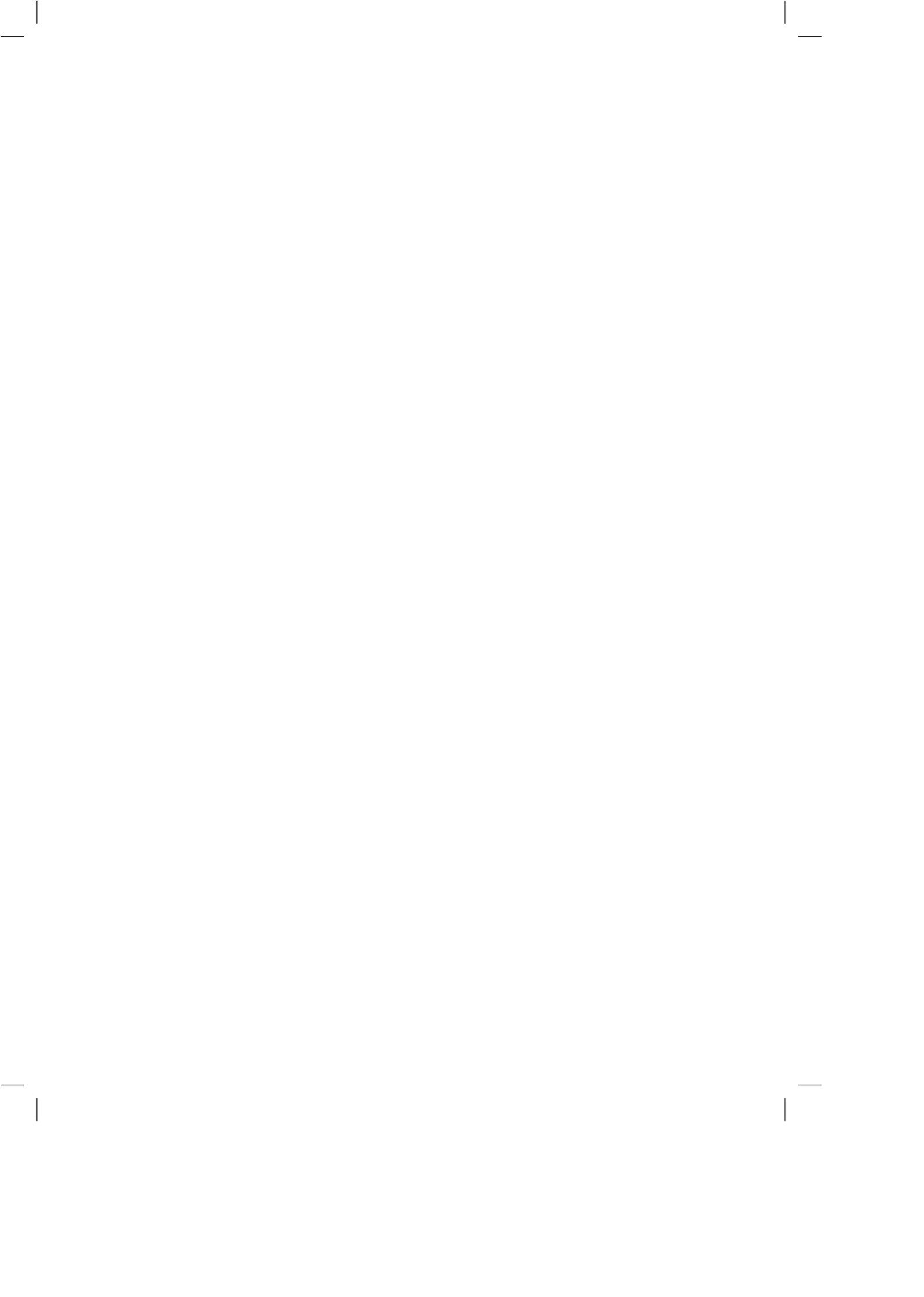
Em suma, durante muito tempo nossa cultura jurídica sustentou que a Administração não deveria estar submetida ao contrato se e quando isso contrariasse o *interesse público*. Como essa é uma dicção dúctil, aberta e suscetível de ser preenchida ao alvedrio administrador (AZEVEDO MARQUES NETO, 2002), o contrato administrativo transformou-se conjunto de obrigações vinculantes apenas do privado. Sob a influência do caráter autoritário da concepção de supremacia incondicional do interesse público, abriu-se campo para a relação obrigacional desigual, a partir da qual o privado deve cumprir estritamente tudo a que se obrigou (sob o risco de sofrer severas penas unilateralmente aplicadas), mas a Administração cumprirá o pactuado se e quando o interesse público (por ela revelado, também unilateralmente) permitir. Segue daí que, entre nós, o contrato administrativo, ao longo do século passado, convolou-se numa expropriação de bens ou serviços, com escolha isonômica do expropriado (por licitação, bem dito) e sem prévia indenização, mas diferida em parcelas.

#### 4. A MALDIÇÃO DO REGIME ÚNICO

Se, de um lado, o mantra da supremacia do interesse público levou a um esvaziamento do caráter obrigacional da Administração, o itinerário do contrato administrativo no Brasil padeceu de outro mal, também bastante peculiar ao nosso Direito. Aludo ao que chamo de *maldição do regime jurídico único*. Esta mazela, tenho comigo, é fruto de uma aplicação irrefletida do regime jurídico administrativo como eixo demarcador do campo temático e metodológico desse ramo do Direito. Não cabe aqui aprofundar as premissas dessa crítica. Basta apenas dizer que tal vez decorre da sorna de três vetores: (i) o metodológico, que tem a ver com a afirmação metodológica do Direito Administrativo e da necessidade vivida no fim do século XIX para demarcar seus lindes em relação a outros ramos do Direito; (ii) a influência forte do Direito Administrativo francês, em que









dos mesmos bens. As figuras delineadas nas letras supramencionadas referem-se a objetos e serviços singulares, no sentido retro firmado, e, bem por isso, ilícitáveis.

Na letra “g”, cogita-se da aquisição ou arrendamento de imóveis destinados singular, tornando único por evento externo: a destinação que se lhe dará de que nenhum imóvel que não o escolhido poderia apresentar a mesma individualidade necessária, quando mais não seja impossibilidade de se encontrar na mesma situação especial. Este óbice, torna único o objeto.

Na letra “e”, trata-se igualmente de bem singular, ou pela natureza – é o caso da obra artística – ou por haver tornado único em razão de evento externo – é o caso do objeto histórico.

Finalmente a letra “d” refere-se à “aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só podem ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos, bem como na contratação de serviços com profissionais ou firma de notória especialização”.

A primeira parte do dispositivo – produtos em que haja um único fornecedor – não é o bem que é singular, mas quem pode oferecê-lo. Existe, portanto, impossibilidade absoluta de ser realizada a licitação pela existência de ofertante único.

A segunda parte do dispositivo é que interessa ao caso vertente, *sub consulta*: “contratação de serviços com profissionais ou firmas de notória especialização”.

A contratação de reportagem com revista em questão inclui-se entre os serviços de firma notória especialização?

Não teríamos dúvida em responder afirmativamente, mesmo se o texto não oferecesse – como oferece – elementos tão amplos para avaliar, em interpretação lógica, a inexistência da obrigação de licitar.

Trata-se, na conformidade do exposto na segunda parte do parecer, de um serviço singular; isto é, produção intelectual necessariamente caracterizada por um estilo, por uma marca individualizadora que resulta de um trabalho profissional especializado. Reportar acontecimentos é uma especialidade que se caracteriza por um feito próprio. Sobremais, cada revista se individualiza, em função da orientação especializada da empresa não só em um gênero – no caso a reportagem – como também em um tipo de mercado a ser atingido. Além disto, cada revista tem penetração em diferentes camadas, segundo os padrões profissionais especializados a norteiam. O tipo de paginação, a forma da composição, a seleção e distribuição de matérias, a diagramação, o conteúdo e o teor a reportagem, o estilo de linguagem, a predominância de textos ou de fotografias, a preferência por imagens, mais artísticas ou mais informativas, tudo isto confere uma

individualidade singular a cada revista e é, sem dúvida, uma definição especializada. A revista em apreço, inquestionavelmente, acha-se colhida do espírito do texto do art. 126, § 2º, “d”, entre as firmas de notória especialização.

Finalmente, o serviço de reportagem pretendido da revista em questão não seria licitável pela natureza mesma da atividade solicitada. Não haveria por que cotejar preços se se pretende o serviço especializado de um veículo especializado cuja produção apresenta um estilo, uma marca de trabalho, forçosamente inconfundível, diversa de qualquer outra. Trata-se, no caso de serviço singular, conquanto não único.

De resto, a licitação também é instrumento moralizador. Se, como afirmado na consulta, a revista em tela, pelo fato de já haver efetuado cobertura jornalística no município, dispõe de possibilidade de cobrar abaixo de sua tabela oficial de preços, oferecendo, pois, condições vantajosas, sem comprometimento da moralidade administrativa, ressalva-se a defesa daquele valor com o asseguramento da vantagem econômica do município, que é, afinal, o próprio objetivo da licitação, quando necessária.

No caso em tela tanto pelo caráter singular do serviço que o excluiria, *in limine*, da possibilidade de licitação, quanto pelo disposto no art. 126, §2º, “d”, do decreto-lei n. 200, em cujo espírito se alberga o caso concreto, entendemos possível contratar os serviços da empresa sem licitação.

Nunca é demais recordar a máxima adequada como princípio da interpretação: *Littera enim occidit, spiritus autem vivificat* (São Paulo aos Coríntios, Epístola II, capítulo 3, versículo 6).

É o meu parecer, *sub censura* dos doutos.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrinas

- A definição do objeto e a justificativa do preço na inexigibilidade de licitação; Carlos Ari Sundfeld – *Pareceres* 3/51-63 (DTR\2013\7147);
- Licitação dispensada e licitação dispensável; de Wellington Cabral Saraiva – *RT* 746/711-717 e *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo* 4/489-500 (DTR\1997\479);e
- O edital nas licitações, de Celso Antônio Bandeira de Mello – *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo* 4/289-306 (DTR\2013\136).







