

CONTRATUALIDADE ADMINISTRATIVA E QUALIFICAÇÃO DOS CONTRATOS – REGIMES PÚBLICÍSTICO E PRIVADO EM DIÁLOGO.

ADMINISTRATIVE CONTRACTUALITY AND QUALIFICATION OF CONTRACTS- REGIMES PUBLIC
AND PRIVATE IN DIALOGUE.



Esdras Rabelo dos Santos¹

RESUMO: Por meio do diálogo entre o Direito Civil e o Direito Administrativo, este trabalho propõe a utilização do método tipológico de qualificação dos contratos para se identificar o regime jurídico dos contratos da Administração. Propugnou-se a juridicidade da celebração de contratos privados, inclusive atípicos, à luz dos paradigmas da eficiência, da processualidade e da legitimidade. O estabelecimento ou não de cláusulas exorbitantes deve considerar os custos de transação, a serem apreciados e explicitados adequadamente pelos gestores públicos. Esta decisão não poderá contrariar normas cogentes e deverá ser analiticamente justificada, especialmente se dissentir dos tipos legais ou sociais mais utilizados.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato administrativo. Qualificação. Método tipológico. Contrato atípico.

ABSTRACT: Through the dialogue between Civil Law and Administrative Law, this paper proposes the use of the typological method of contract qualification to identify the legal regime for Public contracts. The legality of signing private contracts, including atypical ones, was advocated in the light of the paradigms of efficiency, proceduralism and legitimacy. The agreement of exorbitant clauses must consider the transaction costs that will be properly measured and explained by public managers. This decision will not contradict imposing rules and must be analytically justified, especially if it differs from the commonly used legal or social types.

KEYWORDS: Public contract. Qualification. Typological method. Atypical contract..

SUMÁRIO: Introdução. 1.O problema da qualificação dos contratos e a questão metodológica. 2. A perspectiva civilista da qualificação: breves apontamentos. 3. Classificação dos Contratos da Administração Pública 5. Conclusão. Referências

SUMMARY: Introduction. 1. The problem of qualifying contracts and the methodological issue. 2. The civilist perspective of qualification: brief notes. 3. Classification of the Public Contracts. 5. Conclusion. References.

Introdução

¹ Advogado, especialista em Licitações e Contratos Administrativos (UNISEB) e Direito e Advocacia Pública (UERG), mestre em sistemas de gestão (UFF).

A Administração Pública celebra contratos administrativos e contratos privados da administração. A distinção clássica decorre da incidência de atributos inerentes às prerrogativas do Poder Público na sua formulação ou execução, as denominadas cláusulas exorbitantes, perfazendo o regime público dos contratos administrativos. Simplificadamente, nos contratos da administração, prevalece o regime privado da contratação, sem afastar, completamente alguns princípios e direitos da Administração, no que couber.²

Tradicionalmente, os teóricos do Direito Administrativo abordam o tema a partir da lógica de classificação dos contratos, enquanto a qualificação desses negócios, refere-se em geral às doutrinas civilistas. O diálogo teórico é necessário para compreender a celebração, pelo Poder Público, de contratos ditos atípicos, ou seja, sem uma definição legal que defina uma *fattispecie* abstrata do tipo.

Outro ponto que atrai interesse teórico refere-se à aplicação do regime privado aos contratos da administração. A compreensão clássica defende, em geral, ou a aplicação do regime publicístico, ou a do regime privado, com aplicação de algumas regras específicas inerentes ao Direito Público. Tal percepção possui correlação com o pensamento binário existente na doutrina dos *essentialia*, oriunda do Direito Civil, que tipificavam os contratos lícitos aqueles que possuíam os elementos essenciais daquela espécie abstrata.

Essa doutrina, após a complexificação das relações econômicas e do dinamismo dos negócios empresariais, vem sendo substituída por teorias mais densas acerca da qualificação dos contratos, notadamente o método tipológico, em função da sua flexibilidade, graduabilidade e adaptabilidade à obtenção da solução mais justa ao caso concreto.

As transformações citadas também impactam na gestão da coisa pública, sendo certo que o Direito Administrativo vem evoluindo no sentido de romper com o formalismo, de buscar eficiência e de garantir instrumentos capazes de dar segurança jurídica e atender ao interesse público, igualmente complexo e dinâmico.

Nesse sentido, o dever de eficiência aplicável ao Poder Público possui forte correlação com negócios privados, notadamente a busca pela eficácia e economicidade. Portanto, o gestor público deve proceder às análises necessárias e suficientes que garantam as vantagens compatíveis com os demais agentes econômicos, sopesando-se os respectivos riscos. Explícite-se: os agentes econômicos avaliam as oportunidades e responsabilidades, precificando-as (custos de transação). Neste sentido, seria ingenuidade considerar que existe

² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Forense, 2017.

uma solução perfeita, ou uma única resposta cabível ao gestor diante de problemas de elevadas magnitudes.

Considerando essa premissa, compreendeu-se o Direito como um instrumento de controle que visa dar legitimidade e segurança jurídica às decisões, à prevenção e à solução dos potenciais conflitos. O método tipológico alinha-se a esta concepção, pois impõe elevado ônus argumentativo, afastando uma lógica subsuntiva capaz de disfarçar os interesses em questão sob alegação de necessidade e suficiência.³

Neste contexto, o tema do presente trabalho pode ser sintetizado como estudo acerca dos regimes jurídicos aplicáveis aos contratos da Administração, quando se envolve a celebração de contratos privados ou atípicos, por meio do diálogo entre o Direito Civil e Direito Administrativo. A pergunta condutora foi como o método tipológico de qualificação contratual contribui para dar maior segurança jurídica a essa contratação.

No sentido de responder a indagação supracitada, estabeleceu-se como objetivo geral da pesquisa: analisar as possíveis correlações existentes entre o método tipológico e as classificações dos contratos administrativos. A hipótese do presente trabalho foi no sentido de ser viável a contratação atípica e privada, desde que precedido de *seleção pública* e cumpridos requisitos acerca da demonstração da vantagem da modelagem, por meio da explicitação clara e objetiva dos custos de transação potencialmente envolvidos no objeto.

A presente pesquisa justifica-se em função da *escassa* produção acadêmica sobre o tema, à possibilidade de a contratação se mostrar vantajosa ao interesse público, de modo que os riscos jurídicos do processo decisório demandam um estudo sistemático acerca do mesmo. De fato, o presente trabalho contribuirá com a sistematização de conhecimentos acerca da adoção do desenho da contratação, desde a fase de planejamento à execução do contrato, demonstrando valor sob o ponto de vista científico. Da perspectiva prática, considerando o Direito como ciência social aplicada, a existência do estudo contribuirá para maior segurança jurídica e aderência às normas aplicáveis, com possibilidade de melhor eficiência na gestão contratual.

Além da introdução, o trabalho estruturou-se em três tópicos: o primeiro (item 1) enfrenta a questão da metodológica do Direito. Posteriormente (item 2), busca sistematizar o conhecimento acerca do método tipológico e qualificação dos contratos. O terceiro aborda a

³ KONDER, Carlos Nelson de Paula. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

classificação dos contratos da administração pública, atendendo aos objetivos específicos da pesquisa. Neste tópico, buscou-se estabelecer os paralelismos com o método tipológico. Por fim, as considerações finais com as principais conclusões

1. O problema da qualificação dos contratos e a questão metodológica.

É comum e desejável, sob o prisma científico, esclarecer e explicitar os métodos de pesquisa, ora qualitativo (estudo de caso, etnografia, pesquisa ação, entre outros), ora quantitativo (empírico, *survey*, generalização, entre tantos) e/ou misto, além das técnicas de investigação referentes à coleta de dados (observação de campo, entrevistas, questionários, entre outros instrumentos), à descrição e à justificativa da amostra (abrangente, homogênea, por comparação, entre outras estratégias), ao tratamento e interpretação dos dados (análise de texto, conteúdo e discurso, inferências e descritores estatísticos, entre outras técnicas) e eventuais ferramentas tecnológicas utilizadas.⁴

A pesquisa científica no âmbito do Direito não tem tradição de estabelecer um capítulo metodológico próprio. Apesar disto, é comum encontrar um capítulo em que se denota o método hermenêutico subjacente, clivado por escolhas do jurista-pesquisador, em que as concepções epistemológico-jurídicas relativas à cientificidade do Direito, enquanto objeto da pesquisa, são explicitadas.

Diniz⁵ afirma que jurista determina o objeto próprio da ciência a partir de critério filosófico, governado pelo método que orientará a pesquisa e as escolhas. Escreve:

O cientista está autorizado a escolher seu itinerário, mas isto em função do ponto de vista sob o qual estudará seu objeto. Deve descobrir a rota exata que conduza aos fins que persegue. O sucesso de uma investigação científica depende do método adotado. Sem um método que dê coerência e sentido à operatividade [sic] científica, as tentativas de conhecer desembocam em experimentos sem consistência.⁶

Sem abandonar tal tradição acadêmica, importa acrescentar aspectos que são básicos na pesquisa científica em geral. O presente estudo adotou a metodologia qualitativa, na forma de revisão bibliográfica com foco nas áreas de qualificação dos contratos, sob a

⁴ MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos da Metodologia Científica*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003. GRAY, David E. *Pesquisa no mundo real*. 2. ed. Porto Alegre: Penso, 2012.

⁵ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

⁶ *Ibid.*, p. 31.

perspectiva civilista, e dos contratos administrativos.⁷

No âmbito do Direito Civil, a exegese da tipicidade contratual clássica alicerça-se em diversas teorias: doutrina dos *essentialia* (elementos essenciais), método tipológico (índices caracterizadores) e desdobramentos a partir da causa do contrato (*in abstracto*, *in concreto*), teoria da coligação contratual e rede(s) contratual(ais)⁸, além dos contratos complexos.⁹

Em função das limitações típicas de um artigo, optou-se por abordar, resumidamente, apenas o método tipológico para qualificar os contratos, por ser o mais adequado ao itinerário investigativo relativo ao objeto deste trabalho, que será apresentado a seguir. Por hora, algumas premissas metodológicas são explicitadas.

Adotou-se como pressuposto hermenêutico, a noção da Ciência do Direito como estudo de um sistema de controle, tendo como premissa a orientação jurídica do processo decisório. Embora Ferraz Junior¹⁰ não tenha identificado uma teoria consolidada, defende que a decisão em casos complexos envolve a absorção de insegurança, já que nem todas alternativas são claras, e que conflitos entre elas podem ser condições de uma solução ou consequência da decisão.

Tal concepção coaduna-se com a processualidade incorporada ao Direito Administrativo, não na percepção pura do processo jurisdicional ou na controvérsia entre processo e procedimento, mas na compreensão de que a legitimidade do ato administrativo se reforça à partir da cooperação democrática, em vista a garantir os direitos fundamentais e valores constitucionais.¹¹

Diniz¹², embora abordando a questão sob o prisma funcional do Direito, afirma que decidir um conflito significa buscar uma solução que não mais poderá ser discutida (coisa julgada), quando for proferida pelo Poder Judiciário. Neste processo, a subsunção é considerada

⁷ MARCONI; LAKATOS, op. cit.; GRAY, op. cit.

⁸ KONDER, op. cit.; SCHUNCK, Giuliana Bonanno. *Contratos de longo prazo e dever de cooperação*. 2013. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013; KATAOKA, Eduardo Takemi Dutra dos Santos. *Elementos para a eficácia jurídica da pluralidade contratual*. 2005. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.

⁹ CARMO, Lie Uema. *Contratos de construção de grandes obras*. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012; GOMES, Susete. *A interpretação dos contratos complexos: uma visão dos contratos coligados*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

¹⁰ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do Direito*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1980.

¹¹ MESQUITA, Rogério Garcia. A processualidade do direito administrativo contemporâneo. *RPGE*, Porto Alegre, v. 33, n. 69, p. 203-230, 2012. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/110513/processualidade_direito_administrativo_mesquita.pdf. Acesso em: 14 out 2018; SCHWANKA, Cristiane. A processualidade administrativa como instrumento de densificação da administração pública democrática: a conformação da administração pública consensual. *Revista TCE-MG*, Belo Horizonte, v. 80, n. 3, p. 67-93, jul/ago 2011.

¹² DINIZ, op. cit.

a lógica dedutiva ou silogística em que a premissa maior (norma *in abstracto*) que deve ser aplicada ao caso concreto, em um processo cognitivo e deliberativo. Nas suas palavras:

A norma ao se referir abstrata e genericamente a uma situação fática possível está tipificando-a, prescrevendo como se deve entender tal comportamento. A norma jurídica seria um esquema simbólico que seleciona traços comuns a fenômenos individuais, ostensivamente diferentes, agrupando-os em classes, pois fixa *tipos*.¹³

A autora destaca, ainda, que esse processo envolve a qualificação jurídica, processo difícil em face das seguintes características: 1) linguagem da norma, com possibilidade de vagueza, ambiguidade e indeterminação; 2) informação fática, que envolve o conjunto probatório, geralmente insuficiente, mas remediado pelas presunções jurídicas. Ou seja, a decisão não é e não pode ser arbitrária, mas decorre do sistema jurídico, cujo conteúdo alinha-se à “valoração positiva vigente na sociedade”.¹⁴

De fato, o problema dogmático-interpretativo acerca da qualificação dos contratos que permita decidir, com maior previsibilidade e segurança jurídica possível, o regime jurídico aplicável passa pela dificuldade de definir se um conjunto de cláusulas contratuais perfazem um único negócio, regido sob uma lógica coesa e com contornos razoavelmente delimitados, aplicando-se as normas específicas daquele respectivo contrato (tipo). Alternativamente, este clausulado pode formar plúrimos acordos, que enfeixam a aplicação das normas gerais, não sendo reconduzível a um tipo contratual, seja ele legal ou socialmente reconhecido.

Konder, Schunck, Carmo, Kataoka e Gomes¹⁵ abordam o problema da tipicidade contratual, tendo por pressuposto a celebração de acordos empresariais em que as partes se encontram em condições de paridade. Tal recorte busca afastar a especificidade dos contratos regidos pela legislação consumerista ou que atraiam a aplicação de normas especiais, como a Lei de Licitações e Contratos. Esta restrição, todavia, não impediu os autores de apresentarem teorias gerais sobre o tema e alguns aspectos dos contratos da administração.

Por outro lado, autores do Direito Administrativo adotam classificações gerais no sentido de que os contratos são reconduzidos ora ao regime privado, ora ao regime publicístico, embora reconheçam que tais separações possuem propósitos didáticos e nem sempre exaurem a compreensão do regime jurídico aplicável quando se se depara com situações concretas que

¹³ DINIZ, op. cit., p. 205.

¹⁴ Ibid., p. 210.

¹⁵ KONDER, op. cit.; SCHUNCK, op. cit.; CARMO, op. cit.; KATAOKA, op. cit.; GOMES, op. cit.

extrapolam os limites publicísticos do contrato. Em muitos casos, o princípio da legalidade é condutor da exegese subsuntiva, em desprestígio à riqueza hermenêutica do Direito Civil. Assim, o presente trabalho dialogará com tais perspectivas, no sentido de permitir uma síntese que viabilize maior segurança jurídica ao gestor público quando da celebração de contratos, especialmente os atípicos ou com maior interface com o Direito Privado.

2. A perspectiva civilista da qualificação: breves apontamentos.

Citou-se, exemplificadamente, diversas teorias civilistas que orientam a qualificação do contrato. Essa riqueza relaciona-se com os fenômenos negociais em que: (i) um único contrato pode ser aperfeiçoado em mais de um instrumento e, inversamente, um único instrumento pode entabular vários contratos;¹⁶ (ii) as cláusulas contratuais podem estabelecer relações de acessoriedade, dependência ou coordenação entre contratos, podendo-se falar em coligação ou rede de contratos, como classificações distintas.¹⁷ Esse contexto torna desafiador identificar o regime jurídico aplicável, ponto nodal do processo de qualificação do contrato.

O regime jurídico aplicável, sob uma visão clássica, ao contrato típico decorreria da aplicação das normas gerais e especiais; se atípico, apenas as normas gerais. Esse pensamento binário não foi suficiente para resolver adequadamente os conflitos, de modo que a doutrina reconheceu a existência de *contratos mistos*, utilizando-se prioritariamente as normas gerais e, de maneira supletiva, as normas especiais, sob juízos de: (i) prevalência do tipo (teoria da absorção); (ii) fragmentação dos tipos (teoria da combinação); (iii) verossimilhança do tipo (teoria da aplicação analógica) e (iv) de criação do tipo adequado a cada caso.¹⁸ Tal contexto demandou a construção de teorias mais robustas acerca da qualificação do contrato, no sentido de evitar arbítrio do órgão julgador ao qualificar tais *acordos*.

Há um consenso relativamente forte entre os autores citados de que ainda não é possível estabelecer uma teoria capaz de solucionar todos os problemas da (a)tipicidade contratual, em face da infinidade de possibilidades negociais, de modo que a tipificação deve ser analisada à luz do caso concreto, cuja construção doutrinária é recurso indispensável à

¹⁶ KATAOKA, op. cit.

¹⁷ MATTIETTO, Leonardo. Qualificação jurídica do contrato. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (coord). *Direito e Justiça Social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária – estudos em homenagem ao professor Sylvio Capanema de Souza*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 368-375.; GOMES, op. cit.

¹⁸ GOMES, op. cit

garantia da segurança jurídica. Nesta linha de raciocínio, infere-se que se deve afastar a clássica e tradicional doutrina dos *essentialia* para qualificação dos contratos pois não se coaduna com a realidade econômica e social da atualidade.

Com efeito, os argumentos dogmáticos e axiológicos que fundamentam a extensa e profunda classificação das diversas teorias empreendida pelos autores podem ser sintetizados pela necessidade de equilíbrio entre autonomia da vontade na celebração dos contratos e as cláusulas gerais – cogentes –, tais como boa-fé objetiva e função social do contrato, considerados novos paradigmas do direito contratual, além da vedação ao abuso de direito e necessidade do equilíbrio contratual. Em outras palavras, a doutrina dos *essentialia* inviabiliza uma interpretação sistemática, suficientemente flexível, que atenda à necessidade de segurança jurídica e prestígio à liberdade contratual, fundamento da República e princípio da ordem econômica, conforme disposto na Constituição da República Federativa do Brasil, em função de utilizar uma lógica silogística contrária à argumentação supracitada, notadamente a autonomia da vontade no que se refere à definição do objeto e das cláusulas do contrato.

Acerca da necessidade de flexibilidade interpretativa e de uma compreensão sistêmica, Konder¹⁹ escreve:

A doutrina dos elementos essenciais, que se pauta pela verificação da presença de um rol de elementos reputados necessários e suficientes para o enquadramento do contrato concreto no tipo legal, apesar de seu caráter didático e simplificador, deve ser superada em razão das procedentes críticas opostas ao método da subsunção para a interpretação e aplicação de normas jurídicas, em especial as de direito contratual. São, portanto, justificadas, de modo geral, as construções feitas no âmbito do método tipológico, ressaltando a flexibilidade proveniente da constituição dos modelos normativos abstratos a partir de ‘índices do tipo’, que conduzem à importância do cotejo horizontal entre os diversos tipos – pautado pela sua imagem global e clareando as áreas nebulosas entre eles – e vertical com os princípios que lhes inspiram e da explicitação do raciocínio que permeia o processo de qualificação.

Outro ponto de convergência entre os teóricos estudados é o reconhecimento de que o ineditismo das situações econômicas e a transformação célere de mercados e tecnologias impõem ao Direito o desafio de analisar os contextos próprios dessa realidade em mutação, com vistas à justa decisão (das partes, de eventual árbitro, administradores, magistrados). Em outras palavras: a dogmática hermética e tradicional nem sempre é suficiente para resolver os conflitos, demandando soluções criativas e adaptadas ao caso. Nestas situações, reforça-se o ônus argumentativo do decisor, visando à integridade do ordenamento jurídico e respeito aos

¹⁹ KONDER, op. cit., p. 219.

preceitos fundamentais que lhe sustentam.

O método tipológico para qualificação dos contratos atenderia a estas demandas, embora existam especificidades e divergências teóricas em torno do mesmo. Apesar destas limitações, alguns pressupostos e considerações são comuns às várias teorias explicativas deste método. Kataoka, Gomes, Carmo, Konder²⁰, fundamentando em outros teóricos, informam alguns deles: (a) **uma lógica fuzzy**, não binária, ou seja, não se aplicam operadores verdadeiro ou falso para a definição do tipo ou a da (i)licitude do contrato; (b) **elasticidade do tipo**, em que quantidade de índices e sua relevância variam de acordo com o caso concreto; (c) a possibilidade de **tipos diferentes se combinarem** formando coligações contratuais ou novos tipos ou, ainda, contratos complexos, sendo certo que é comum encontrar cláusulas atípicas ou incompletude; (d) a presença de pelo menos uma **causa concreta** que permite a necessária visão global do contrato, com todas as suas especificidades e legitimam a sua individualização; (e) **variabilidade e heterogeneidade dos elementos** ou características que assumem a função de índice, tanto sob o prisma da posituação dos tipos, quanto das práticas reiteradas (tipos sociais), ou mesmo da própria concepção de tipo.

A noção de índice rompe com a lógica dos elementos essenciais, pois não utiliza a subsunção legalista. Ao contrário, ganha contornos teleológicos:

Os índices do tipo são aquelas qualidades ou características que têm capacidades para o individualizar, para o distinguir dos outros tipos e para o comparar, quer com os outros tipos, na formação de séries e de planos, quer com o caso, na qualificação e concretização. São características que dão alguma contribuição útil, quer à distinção, quer à comparação, ainda que esse contributo não seja, por si só, determinante.²¹

Tais características, pressupostos e considerações denotam uma intensa abertura que põe em xeque a segurança jurídica, já que o intérprete teria liberdade significativa, inclusive quando submetida a demanda ao Poder Judiciário. Utilizando de elementos da análise econômica do Direito, Schunck²² (2013) comenta:

[...] a própria teoria dos contratos incompletos afirmar que o Judiciário não é capaz de compreender correta e suficientemente todos os aspectos que permeiam o contrato sob análise (inclusive todos os aspectos econômicos que foram considerados pelas partes

²⁰ KATAOKA, op. cit.; GOMES, op. cit.; CARMO, op. cit.; KONDER, op. cit.

²¹ VASCONCELOS, 2002 apud KONDER, op. cit., p. 139.

²² SCHUNCK, op. cit., p. 50-51.

na contratação), de modo que o julgamento certamente será feito sem que haja informação suficientemente conhecida e analisada, demonstrando que a resolução do conflito pelo Judiciário não é uma solução eficiente.

Apesar das críticas, Konder²³ (2009) faz uma defesa contundente no sentido de que esse risco deve ser mitigado pela ampliação do ônus argumentativo e da importância da doutrina e jurisprudência para manutenção da integridade do ordenamento jurídico, em especial pela realização dos imperativos e preceitos superiores. Escreve:

A hermenêutica revela a conexão fundamental entre realidade e interpretação, impondo ao intérprete restrições como adequação, razoabilidade, proporcionalidade, coerência e congruência. Em especial, incide sobre o intérprete o princípio da legalidade, sob acepção renovada diante da complexificação do regime de fontes do ordenamento: não apenas o respeito aos preceitos individuais (muito menos em sua literalidade), mas à coordenação entre eles, à harmonização com os princípios fundamentais de relevância constitucional, em constante confronto com o conhecimento contextual das características do problema concreto a ser regulado, o fato individualizado no âmbito do inteiro ordenamento para a identificação da normativa adequada e compatível com os interesses em jogo.²⁴

Outra preocupação identificada durante a revisão bibliográfica foi no sentido da repercussão da flexibilidade do tipo contratual em outras áreas do Direito, em especial a tributária, já que o fato gerador possui íntima relação com o negócio jurídico celebrado pelo contribuinte. Ou seja: a atipicidade contratual induziria à atipicidade tributária? Konder²⁵ afirma que o método tipológico reconhece as naturezas distintas das normas, em especial porque seu pressuposto é a análise de todo o ordenamento jurídico e o cotejo das normas à luz da causa concreta. Mais que isso, a prevalência dos preceitos constitucionais e os referidos pressupostos viabilizam efeitos jurídicos distintos sob o mesmo contrato:

Assim, um contrato pode ser qualificado de uma forma no tocante, por exemplo, à responsabilidade do devedor e de outra forma no tocante ao tributo devido pela sua execução. Isto permite que, para a cominação do efeito tributário, seja realizado um procedimento hermenêutico que considere a peculiaridade deste tipo de norma e as exigências constitucionais relativas à sua incidência.²⁶

²³ KONDER, op. cit.

²⁴ KONDER, op. cit., p. 111.

²⁵ Ibid.

²⁶ Ibid., p. 155.

Adotando-se entendimento análogo, defende-se que hermenêutica similar seja aplicável ao Direito Administrativo, em especial no que tange à definição da modalidade de licitação (concorrência, regime diferenciado de contratação, pregão, por exemplo) ou da declaração da sua dispensa ou inexigibilidade (Arts. 24 e 26, Lei 8.666/1993).²⁷ De fato, a integridade do ordenamento jurídico e a superioridade das normas constitucionais impõem ao intérprete a responsabilidade garantir a efetividade dos preceitos superiores. Em outras palavras, o diálogo entre Direito Civil e Direito Administrativo acerca da qualificação do contrato não pretende espriar-se para aspectos procedimentais, embora contribua nas fases pré-contratuais, notadamente por envolver a causa do contrato.

Feito esses esclarecimentos, insta descrever algumas etapas básicas no método tipológico proposto por Konder.²⁸ O percurso interpretativo defendido engloba perscrutar o ordenamento em busca de potenciais tipos aplicáveis ao caso, inclusive aqueles socialmente aceitos. Analisar o clausulado no sentido de identificar as peculiaridades, procedendo à valoração que proporciona a identificação da função concreta do contrato, após cotejo com os tipos abstratos existentes.

Esta valoração difere da subsunção da causa concreta ao modelo estrutural do contrato (causa abstrata), em que elementos essenciais ou categoriais são examinados no sentido de reconduzi-los ao tipo. De acordo com Konder,²⁹ esta técnica permitiria o retorno da doutrina dos *essentialia* e dificultaria o reconhecimento das especificidades da função contratual a partir da análise de todas as cláusulas, inclusive as acessórias. Apesar desta crítica, reconhece que a causa concreta é fundamental para identificação do tipo. O autor sintetiza:

A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos impõe que este seja pautado pela busca da normativa mais adequada à realização dos preceitos constitucionais diante das peculiaridades do caso concreto em exame. Este procedimento que se pauta pela cuidadosa avaliação do merecimento de tutela do contrato concreto conduz à mitigação da dicotomia entre contratos típicos e atípicos, contrapondo-se à rígida predeterminação em abstrato de elementos reputados essenciais e à visão mecanicista pautada pela figura da subsunção. Neste sentido justificam-se as críticas do método tipológico à categoria da causa em abstrato, mas não da causa em concreto, que, ao contrário, conduz o intérprete exatamente à verificação das peculiaridades juridicamente relevantes do contrato em exame sob uma perspectiva funcional.³⁰

²⁷ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília: Planalto, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 28 ago. 2018.

²⁸ KONDER, op. cit.

²⁹ KONDER, op. cit.

³⁰ Ibid., p. 219.

Konder³¹ reforça a necessidade de analisar a causa concreta como condição para que se permita identificar a imagem global do contrato, o seu perfil funcional, a partir da comparação dos índices aos modelos normativos. O método tipológico, ao enfatizar o caráter flexível da interpretação, promove maior transparência em relação aos métodos tradicionais, pois precisa ser suficientemente fundamentado. Nas palavras do autor: “[...] este processo de identificação das peculiaridades concretas em diálogo com os parâmetros normativos era, no final das contas, disfarçado sob um argumento de necessidade e suficiência [...]”³²

A identificação da causa concreta, portanto, é etapa indispensável no processo de qualificação do contrato, em especial quando o intérprete se depara com coligação de contratos ou redes contratuais. Kataoka,³³ comentando o método tipológico, é didático:

Um segundo índice para a aferição da pertinência à coligação ou ao contrato específico é a inserção daquela parte do negócio na causa contratual ou supercontratual. Já destacamos anteriormente que por causa do contrato entende-se a sua função econômico-negocial. E que cada contrato tem uma causa. Ocorre que nas coligações há uma causa que transcende de cada uma das específicas dos contratos.

Em sentido similar, Araújo³⁴ comentando autores italianos, afirma:

Ainda recentemente, a escola italiana trata o tema dos contratos coligados como uma pluralidade coordenada de contratos, em que cada um deles mantém uma causa autônoma, mas, em conjunto, buscam realizar uma operação econômica unitária e complexa.

Rigorosamente, o intérprete não pode formar juízo de valor apriorístico acerca da modalidade contratual sob exame, também não pode supor estar diante de um contrato típico ou atípico. Ou seja, o conjunto de cláusulas pode, após sua correta exegese, ser compreendido como um único contrato, como dois ou mais contratos coligados, ou uma rede de contratos, de modo que a recondução ao tipo é o resultado da análise. Em resumo: tais *classificações* serão descobertas após o cotejo analítico do caso concreto à luz do ordenamento.

³¹ Ibid.

³² Ibid., p. 143.

³³ KATAOKA, op. cit., p. 155.

³⁴ ARAÚJO, Paulo Miralles de. *Contratos built to suit: qualificação e regime jurídico*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 92.

Mattietto³⁵ denota que a qualificação não pode ser realizada de forma arbitrária pelas partes, embora deva ser levada em consideração as consequências pretendidas à medida que o Direito admite aquele negócio. Escreve:

A teoria da causa se presta a um papel de mediação entre a vontade dos contratantes e o ordenamento, expondo a contingência dos limites da autonomia privada. A causa, concernente a um intento prático legítimo e como tal valorado como digno de tutela, contempla a *ratio iuris* que alia a tipicidade social à normativa.³⁶

A título de exemplo, Carmo³⁷ apresenta o debate dogmático acerca do contrato de *engineering* (construção de grandes obras, na definição da autora):

A opinião contestada de Guido Alpa, ao repousar sobre contratos complexos, põe destaque na multiplicidade de elementos causais que convergem para a formação da relação contratual. Rosella contesta a pluralidade de elementos causais, dizendo que a pluralidade de prestações existente no contrato de *engineering* não se equipara à de causas; a causa do *engineering* seria, repise-se, única e autônoma.

Konder³⁸ destaca a mesma dificuldade ao citar diversos casos em que a causa concreta é fundamental para identificar o perfil funcional. O exemplo mais didático, para os fins deste trabalho, envolve julgamento de descumprimento de *contrato de revenda* de combustível, celebrado em dois instrumentos distintos: comodato de equipamentos e distribuição de combustível (promessa de compra e venda), em caráter de exclusividade. Prevaleceu, em decisão do Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que o contrato principal era de distribuição, aplicando-se apenas a penalidade deste.

Em face desta dificuldade, repise-se, os autores defendem que a análise é casuística, em que a doutrina exerce papel relevante para a correta exegese dos contratos. Apesar disto, apenas para ilustrar tais dificuldades, cite-se a sistematização realizada por Gomes³⁹ acerca de como os índices podem ser analisados sob os prismas: (i) da complexidade subjetiva (partes e vontades), ensejando dificuldades acerca da relatividade dos contratos e efeitos sobre terceiros;

³⁵ MATTIETTO, op. cit.

³⁶ Ibid., p. 371.

³⁷ CARMO, op. cit., p. 39.

³⁸ KONDER, op. cit.

³⁹ GOMES, op. cit.

(ii) complexidade normativa, reconhecendo a possibilidade de as partes pactuarem um autoregramento (sistema autopoiético), em prestígio à autonomia da vontade, limitada pelas normas cogentes do ordenamento; (iii) complexidade objetiva, que se desdobra nas análises acerca da tipicidade e atipicidade; dos contratos complexos e mistos (e respectivas subclassificações); dos aspectos econômicos (recursos, financiamentos, garantias e confiança) e tecnológicos (desenvolvimento e compartilhamento de conhecimento, dados e informações).

Por outro lado, Konder⁴⁰ adapta o método tipológico no sentido de reconhecer que o seu perfil funcional (causa concreta) deve guiar a qualificação do contrato à luz dos preceitos constitucionais.

Vale o alerta, ademais, sobre a existência de teorias específicas aplicáveis aos contratos de longa duração (relevância do autoregramento na transformação do vínculo ao longo do tempo), contratos incompletos (ênfase na necessidade de estabelecer paulatinamente rotinas e regras, à medida que o contrato for executado, ou, ainda significar termos ou cláusulas indeterminados, ambíguos), contratos coligados (reconhecimento de uma supracontratualidade que vincula, em graus variados, contratos autônomos).

Destaque-se, por oportuno, que a revisão da literatura acerca de tais questões é inviável no bojo do presente trabalho, sendo certo que os autores brasileiros defendem, simplificada e genericamente, a aplicação destas teorias a partir das cláusulas gerais da boa-fé objetiva, função social do contrato, equilíbrio contratual, vedações ao abuso de direito e ao enriquecimento sem causa (ilícito). Tais preceitos, entre outros, são verdadeiras normas gerais contratuais, aplicáveis tanto aos contratos típicos, quanto atípicos.

3. Classificação dos Contratos da Administração Pública.

Recorde-se que a perspectiva civilista do contrato é de que sua celebração ocorre entre agentes econômicos em busca de atender suas necessidades, obter rentabilidade, em prestígio à livre iniciativa, à livre concorrência e à propriedade privada.⁴¹ Ou seja, riscos, erros estratégicos, prejuízos e liberdade de dispor sobre o patrimônio perfazem a rotina dos negócios. Em síntese, reconhece-se a igualdade entre particulares, bem como o poder de gerir seus

⁴⁰ KONDER, op. cit.

⁴¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Planalto, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 28 ago. 2018. Art. 1º, IV; Art. 170, II e IV.

próprios interesses, limitado pelos limites da eticidade e socialidade, em que a eficiência e a busca do lucro é inerente ao sistema capitalista.⁴²

Embora existam críticas à clássica divisão entre Direito Público e Direito Privado, e que se imponha o reconhecimento da unidade do ordenamento jurídico e a prevalência das normas constitucionais, ainda não foi superada a noção das disciplinas jurídicas como subsistemas inspiradas por princípios e lógicas próprias. Neste sentido, a renovação do Direito Administrativo, norteadas pelo princípio da eficiência, fomenta o diálogo profícuo entre as teorias e classificações, contribuindo para que a Administração Pública tenha mais instrumentos jurídicos à satisfação do interesse público, noção relevantíssima ao tema em estudo.

De fato, Bandeira de Mello⁴³ considera que o regime jurídico-administrativo é a pedra de toque que dá unidade ao Direito Administrativo. Este regime “[...] se delinea em função da consagração de dois princípios: a) supremacia do interesse público sobre o privado; b) indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos.”⁴⁴ Tal percepção não é infensa à crítica, contudo, denota um relativo consenso no sentido de que a Administração Pública assume *posição* diferenciada em face dos particulares (leia-se administrados, cidadãos ou pessoas jurídicas), além da separação entre Estado (titular dos interesses públicos) e a Administração (seus órgãos, gestores e agentes), sendo certo que é a ordem jurídica que estabelece as suas finalidades, os meios e a forma de agir. Assim, erige-se o princípio da legalidade como pressuposto e diretriz que vincula a atuação do Administração à lei, ao Estado Democrático de Direito e proteção aos direitos individuais.

Moreira Neto⁴⁵ aponta que o Direito Administrativo vem se transformando no sentido de amadurecer o conceito de administração de resultado, superando a noção de legalidade pela juridicidade e legitimidade, ampliando a concepção de eficácia do ato administrativo em direção à eficiência (efetividade, resultados), em que as normas constitucionais condicionam, inclusive, a expressão da vontade geral formalizada em leis. Escreve:

Especula-se, portanto, como os novos referenciais do Direito Público, hoje plenamente aplicados ao campo do Direito Administrativo, vêm se abrir uma área oportuna de se encerrar mais um esgotado ciclo histórico de *controle da Administração Pública...* em que seu objeto era apenas a *legalidade* da manifestação da *vontade* na ação administrativa, para endereçar-se também ao controle, mais

⁴² COELHO, Fábio Uchoa. *Curso de Direito Comercial: direito de empresa*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁴³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 55-56.

⁴⁵ MOREIRA NETO, Diego de Figueiredo. Apontamentos sobre a Administração de Resultados. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, Ed. Especial, p. 81-89, 2017.

extenso, da *juridicidade*, que recai tanto sobre a *vontade* como, inovadoramente, sobre o *resultado* da ação administrativa.⁴⁶

Silva,⁴⁷ após analisar o princípio da eficiência, sob diversas definições, afirma que a ideia central é no sentido de se atingir ao melhor resultado possível, considerando a economicidade, finalidade do serviço e satisfação do cidadão, em que qualidade, redução de custos, presteza e respeito a todas as partes devem pautar a ação da Administração Pública.

Bandeira de Mello, Moreira Neto, Schwanka⁴⁸ apontam que o Estado Democrático de Direito está umbilicalmente relacionado ao Direito Administrativo, sendo certo que não é cabível nenhum viés autoritário ao poder atribuído à Administração. Ao contrário, o dever de eficiência, juridicidade e legitimidade insere-se no patrimônio jurídico dos administrados (direito público subjetivo) e realiza-se por intermédio de atos que consubstanciam o processo administrativo, sob controle e influência dos cidadãos. Schwanka⁴⁹ resume:

Dito de outro modo, a imposição constitucional de atuação administrativa processualizada possui dupla potencialidade: por um lado, torna possível o controle, pelo interessado ou por qualquer cidadão, da discricionariedade estatal nos devidos termos, permitindo a verificação de limites e medidas; e, por outro lado, demanda uma atuação mais dialógica de função administrativa, conferindo-lhe maior legitimidade.

Apesar de esse renovado Direito Administrativo buscar o equilíbrio entre o poder-dever da Administração e o direito dos administrados, importa reconhecer que não ocorreu a suplantação das prerrogativas estatais. Ao contrário, a percepção de imperatividade, fundada na supremacia do interesse público, amalgama-se a outros princípios constitucionais, em juízo de ponderação, considerando, inclusive, todos os interesses legítimos, posições jurídicas e provas incorporadas ao processo administrativo em que se busca a decisão.⁵⁰

Outro fenômeno que influencia na interpretação dos contratos administrativos refere-se à noção de privatização. Apesar de este conceito ser de domínio predominantemente de outras ciências (Política, Administração, Economia, etc.), fato é que ele estabelece um vetor a ser considerado no contexto de celebração de contratos pela Administração. A redução do

⁴⁶ MOREIRA NETO, op. cit., p. 85, grifo do autor.

⁴⁷ SILVA, Rogério Spanhe da. O controle judicial do princípio da eficiência administrativa. *Revista de Direito da ADVOCEF*, Distrito Federal, v. 6, n. 12, p. 149-182, 2011.

⁴⁸ BANDEIRA DE MELLO, op. cit.; MOREIRA NETO, op. cit.; SCHWANKA, op. cit.

⁴⁹ SCHWANKA, op. cit., p. 74.

⁵⁰ SCHWANKA, op. cit.

âmbito de atuação e intervenção do Estado na sociedade e na economia realiza-se, em sentido amplo, por meio de desregulamentação, quebra ou redução de monopólio, adoção de formas privadas de gestão, ampliação de parcerias com a iniciativa privada (terceiro setor), liberalização de serviços públicos.⁵¹

São exemplos de normas instituídas sob esta perspectiva: Lei 8.031/1990, que criou Programa Nacional de Desestatização), posteriormente revogada pela Lei 9.491/1997 (que reformou o Programa), a Lei nº 9.496/1997, que criou o Programa de Apoio à Reestruturação e ao Ajuste Fiscal no Estados, em que compromisso de privatização, permissão e concessão de serviços público foi definido como uma meta; mais recentemente, a Lei 13.303/2016, que dispôs sobre o Estatuto Jurídico da Empresa Pública, a Lei 13.726/2018, conhecida como Lei das Desburocratização e a Lei 13.655/2018 que alterou a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB) que reforça a necessidade de segurança jurídica na aplicação do Direito Público em todas as esferas (administrativa, de controle e judicial), bem como na análise da eficiência e das consequências da decisão. Esse conjunto normativo, simplificada, consubstanciam juridicamente tais valores.

A adoção de formas privadas de gestão envolve a edição de normas referentes às parcerias público-privadas (PPP), concessões, permissões, contratações (regime diferenciado de contratação). Para além de alterações legislativas, o Direito também passa a ser interpretado a partir das consequências (práticas ou potenciais), com suporte no que vem sendo denominada Teoria ou Análise Econômica do Direito. Oliveira⁵² esclarece:

O princípio da eficiência demonstra a íntima relação entre o Direito e a Economia (Law & Economics). De acordo com a Análise Econômica do Direito (AED), a economia, especialmente a microeconomia, deve ser utilizada para resolver problemas legais, e, por outro lado, o Direito acaba por influenciar a Economia. Por esta razão, as normas jurídicas serão eficientes na medida em que forem formuladas e aplicadas levando em consideração as respectivas consequências econômicas.

Ou seja, se por um lado, os limites da eticidade e socialidade, por meio das cláusulas gerais do Direito Civil, interpretadas de forma sistemática e alinhada aos valores e preceitos constitucionais, atenuam o tradicional caráter estritamente patrimonial dos contratos, conforme breves apontamentos do tópico anterior, o poder-dever da Administração Pública na celebração

⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015. Grifo nosso.

⁵² OLIVEIRA, op. cit., p. 119.

e execução dos contratos administrativos (gênero) demanda exegese que prestigie os novos paradigmas hermenêuticos do Direito Administrativo. É nesse contexto, singela e sinteticamente descrito, que se insere a qualificação do contrato da administração, comumente abordado como classificação.

Visando o didatismo, embora se reconheça a existência de outras nomenclaturas, comumente adota-se a expressão “contrato administrativo” para significar os contratos celebrados pela Administração Pública em que prevalece o regime de direito público, por meio das cláusulas exorbitantes (alteração e rescisão unilaterais, poder de fiscalizar e sancionar, ocupação provisória), além de prerrogativas legais (especialmente a Lei 8.666/1993), mesmo sem expressa previsão, pois reputadas de natureza cogente. Nestes contratos, a imperatividade de atos unilaterais da administração – nunca arbitrários –, é admitida no sentido de atingir a finalidade pública da contratação.⁵³

Os contratos privados da administração são aqueles em que prevalece o regime de direito privado. Contudo, há consenso de que a formalidade, finalidade e aspectos procedimentais devem atender às regras legais do regime público.⁵⁴

Medauar⁵⁵ adota outra classificação: (i) contratos administrativos clássicos, similar aos contratos administrativos, tais como obras, prestação de serviços e fornecimento; (ii) contratos regidos parcialmente pelo direito privado, como locação e (iii) novas figuras contratuais, regidas essencialmente pelo regime de direito público, embora com muitas particularidades (convênios, consórcios públicos, contratos de gestão, termo de parceria, entre outros). Tais tipos seriam compreendidos como módulo contratual, em que o intercâmbio de bens e prestações poderia obedecer a regimes jurídicos diversos.

Justen Filho⁵⁶ utiliza outros critérios para agrupar os contratos: (i) acordos de vontade da administração – usualmente sem fins lucrativos e com finalidade de conjugação de esforços da Administração com particulares para benefício da coletividade: contratos de gestão, de fomento, convênio, entre outras; (ii) contratos administrativos (sentido restrito) – embora cite divergência sobre a consensualidade (inexistência de vontade una, mas de atos autônomos; dupla natureza, sendo a primeira regulamentar, unilateralmente definida pela Administração Pública, e a outra correspondente ao acordo; ou similar a um contrato de adesão) – considera

⁵³ BANDEIRA DE MELLO, op. cit.; MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁵⁴ Ibid.; Ibid.

⁵⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

⁵⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

que é o regime público a nota mais relevante para a compreensão deste *contrato*; dividindo-o em duas espécies: (ii.a) contratos de colaboração – a presença de obrigações recíprocas é nota distintiva, em que particulares realizam prestações à administração (prestação de serviços, obras, fornecimento são exemplos); (ii.b) contratos de delegação – em que a Administração delega parcialmente suas atribuições aos particulares (concessão pública); (iii) contratos privados da administração – aplicação predominante do regime de direito privado, podendo aplicar o regime público de modo acessório, subsidiário.

Di Pietro⁵⁷ também registra a divergência doutrinária acerca da compreensão dos contratos da Administração, citando três posições: (i) inexistência do contrato – em função da ausência de igualdade entre as partes, da autonomia da vontade e da vinculação às convenções, apenas ocorrendo a finalidade pública (legalidade e supremacia do interesse público), cláusulas regulamentares e mutabilidade contratual, enquanto o equilíbrio econômico-financeiro seria comum aos demais contratos; (ii) todos os contratos são administrativos – em função de aplicação, mesmo que subsidiária, do regime de direito público em relação à finalidade, forma, competência; (iii) existência de contratos administrativos, que podem se caracterizar, de acordo com posicionamentos doutrinários, por aspectos subjetivos ou orgânicos, pelo objeto, pela finalidade, pelo procedimento de seleção (licitação) e presença das cláusulas exorbitantes. A autora é adepta da terceira corrente, distinguindo contratos de direito internacional e administrativo.

A autora⁵⁸ reforça que, no contrato administrativo, há consentimento do contratado, obrigações recíprocas, finalidades opostas (atendimento de necessidade *vs* lucro), produção de efeitos jurídicos (vinculação) e inexistem atributos de normatividade, em sentido estrito, nos contratos. Por fim, classifica os contratos da administração como: (i) direito privado, embora aplicando-se parcialmente normas públicas; (ii) contratos administrativos, dividindo-se em (ii.a) tipicamente administrativos (sem paralelo no direito privado) e (ii.b) que têm paralelo no direito privado, mas regidos predominantemente pelo direito público. Este também é o posicionamento de Cunha Júnior.⁵⁹ Acerca dos contratos privados da Administração, Di Pietro⁶⁰ escreve:

Quando a Administração celebra contratos de direito privado, normalmente ela não necessita dessa supremacia e a sua posição pode nivelar-se à do particular; excepcionalmente, algumas cláusulas exorbitantes podem constar, mas elas não

⁵⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

⁶⁰ DI PIETRO, 2019. p. 566.

resultam implicitamente do contrato; elas têm que ser expressamente previstas, com base em lei que derogue o direito comum.

Trata-se da análise acerca do objeto contratual e sua finalidade: se conjugar o atendimento à necessidade coletiva, de forma principal, há de se aplicar o regime público; se o interesse geral atuar de forma acessória, indireta e prevalecer o atendimento de um interesse *privado*, há de se aplicar o regime privado. Cita o exemplo da locação de bem público para residência de um servidor, em que prevalece o regime privado; e cessão de uso para exploração de mercado municipal, onde o regime público é necessário. Neste sentido, pode-se traçar o paralelo à causa concreta do contrato capaz de afetar a tipicidade de um contrato da administração.

Tais classificações, de um modo geral, não se coadunam, rigorosamente, com o método tipológico utilizado, em que os índices são analisados no sentido de proceder à adequada qualificação do tipo. Apesar desta limitação, interessante o entendimento de Medauar⁶¹ em que assume, de maneira bastante didática, a possibilidade de aplicação dos regimes público e privado aos contratos, aproximando-se da compreensão de aplicação analógica de *fattispecie* abstrata em contratos dito atípicos misto ou complexos, corroborando com o itinerário investigativo deste trabalho.

Di Pietro ⁶² compreende que há características que delimitam o contrato administrativo em sentido estrito:

1) presença da Administração Pública como Poder Público; 2) finalidade pública; 3) obediência à forma prescrita em lei; 4) procedimento legal; 5) natureza de contrato de adesão; 6) natureza *intuitu personae*; 7) presença de cláusulas exorbitantes; 8) mutabilidade.

Tais características, embora não tenham sido assim definidas pela autora, assemelham-se à compreensão do índice. Inexiste sinonímia, contudo. De fato, a existência de inúmeros diplomas normativos que regulamentam *acordo* de vontades da Administração, em especial em setores regulados (telecomunicações, exploração de água, gestão de floresta, transportes terrestres, administração de portos e aeroportos, entre outros) limitam, em parte, a aplicação do método tipológico.

⁶¹ MEDAUAR, op. cit.

⁶² DI PIETRO, op. cit., p. 572.

O método contribuirá, entretanto, nos casos em que a solução exija da Administração a celebração de contratos atípicos ou complexos ou, ainda, na decisão que lide entre as opções que a legislação facultar. Também é relevante para que a modelagem do contrato considere as eventuais correlações existentes aos contratos privados, por força do Art. 54 da Lei 8.666/1993, notadamente ao equilíbrio contratual.

Para Bandeira de Mello,⁶³ embora se apliquem as prerrogativas da administração, o equilíbrio econômico-financeiro possui forte proteção jurídica, em que a remuneração inicialmente pactuada deve se manter ao longo de toda a vigência do contrato. Cabe a transcrição que denota o sinalagma:

Não é difícil entender a lógica do instituto *sub examine*. Há duas ordens de interesses que se devem compor na relação em apreço. O interesse público, curado pelo Administração, reclama dele flexibilidade suficiente para atendimento das vicissitudes administrativas e variações a que está sujeito. O interesse particular postula suprimento de uma legítima pretensão de lucro, segundo os termos convencionados. ... Também não há evadir-se à conclusão de que nunca por nunca poderá a Administração esquivar-se à contrapartida delas, isto é, ao cabal ressarcimento dos gravames resultantes para o contratante privado.⁶⁴

Segundo o autor, o referido equilíbrio é essencial ao contrato e intangível, ou seja, não poderá ser alterado unilateralmente pela Administração em seu favor. Ele deve ser alcançado de forma realista, verdadeira, sem que se possa alegar formalismos acerca dos cálculos que o compõe. Neste sentido, cita cinco possibilidades em que deverá ser recomposto o equilíbrio: (i) alterações unilaterais; (ii) fato do príncipe; (iii) fatos imprevisíveis (teoria da imprevisão, *rebus sic stantibus*); (iv) sujeições imprevistas (encargos materialmente superiores aos previstos inicialmente); (v) inadimplemento da Administração, além do reajuste que objetiva recompor perdas inflacionárias, por meio de índices oficiais.⁶⁵

Di Pietro⁶⁶ tangencia o mesmo tema ao classificar os riscos que o particular enfrenta: (i) álea ordinária e empresarial – comum aos contratos em geral, embora os vultos de recursos dos contratos da administração possam torna-los expressivos; (ii) álea ordinária administrativa, subdivida em (ii.a) poder de alteração unilateral do contrato; (ii.b) fato do príncipe; (ii.c) fato da administração (que inviabiliza o adimplemento do contrato pelo particular); (iii) álea

⁶³ BANDEIRA DE MELLO, op. cit.

⁶⁴ Ibid., p. 636.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ DI PIETRO, 2019.

econômica (aplicação da teoria da imprevisão, em função de fatores externos ao contrato). Exceto na álea ordinária, para a autora, a Administração deve recompor o equilíbrio original.

A norma constitucional regente estabelece a necessidade de manutenção das condições efetivas da proposta, sendo certo que a equação deve compor o projeto básico (ou documento equivalente), por meio de planilhas e de outros elementos.⁶⁷ É consenso entre os autores que a Administração também pode pleitear o equilíbrio a seu favor, quando existir redução de custos e encargos no contrato, devendo respeitar a dialogicidade no procedimento que decidir pelo reequilíbrio, com fulcro no Art. 58, § 1º da Lei 8.666/1993.⁶⁸

Justen Filho,⁶⁹ a partir da concepção dos custos de transação, afirma:

A tutela ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos destina-se a beneficiar a própria Administração. Se os particulares tivessem de arcar com as consequências de todos os eventos danosos possíveis, teriam de formular propostas mais onerosas. A Administração arcaria com os custos correspondentes a eventos meramente possíveis - mesmo quando inocorressem, o particular seria remunerado por seus efeitos meramente potenciais.

Medauar⁷⁰ adota a compreensão no sentido de que o equilíbrio econômico financeiro visa a manter a proporção entre remuneração e encargos, de um lado; e, de outro, limitar o poder de alteração unilateral da Administração dos valores, conforme disposto na legislação. Di Pietro⁷¹ destaca que a Administração nem sempre é responsável pelo pagamento direto (concessão, exemplo – pedágio), mas sempre deve assegurar o equilíbrio das prestações e contraprestações. Anota, ainda, que equilíbrio pode ser analisado sob dois aspectos: (i) objetivo, em função da equivalência material dos encargos e remuneração, a partir de valorações econômicas; (ii) subjetivo, atendendo à apreciação valorativa das partes, sendo certo que a atuação da Administração é pautada pela finalidade, pelo interesse público, que mitiga a autonomia da vontade do ente estatal que celebra o contrato.⁷²

Di Pietro⁷³ comentando especificamente os contratos de concessão, afirma que a mutabilidade do contrato corresponde, *simetricamente*, à necessidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, cabendo a seguinte transcrição:

⁶⁷ BRASIL, 1988. Art. 37, XXI.

⁶⁸ BRASIL, 1993.

⁶⁹ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 1013.

⁷⁰ MEDAUAR, op. cit.

⁷¹ DI PIETRO, 2019.

⁷² Ibid.

⁷³ DI PIETRO, 2015.

Hoje, é pacificamente aceita a ideia de que o equilíbrio econômico-financeiro constitui-se em direito do concessionário e esta ideia está tão arraigada na doutrina e na jurisprudência, **que tal direito seria reconhecido ainda que não previsto em lei ou no contrato**. Isto porque a teoria do equilíbrio econômico baseia-se em princípios maiores, que independem de previsão no direito positivo: a. **o princípio da equidade**, que impede que uma das partes experimente locupletamento ilícito em detrimento da outra; b. **o princípio da razoabilidade**, que exige proporção entre o custo e o benefício; c. **o princípio da continuidade do contrato administrativo**, que determina a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro indispensável para assegurar a continuidade do contrato; d. **o princípio da indisponibilidade do interesse público**, pois, se o contrato é necessário para atender a alguma necessidade imperiosa da Administração, a esta incumbe assegurar sua continuidade, recompondo o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.⁷⁴

A temática é rica por envolver procedimentos específicos tendentes a garantir este direito (reajuste, reequilíbrio, revisão, repactuação, entre outros), questões ou abordagens específicas acerca do equilíbrio, sob apreciação econômica: Teorema de Pareto, Curva ABC, vedação ao jogo de planilha, fator-K, limites à inclusão de itens novos, garantia da manutenção do desconto, glosas, pagamento variável em função do desempenho (acordo de nível de serviço, índice de medição de resultados), além de possibilidades excepcionais de alteração do contrato, reversibilidade de bens e indenizações. Essa multiplicidade reforça a necessidade de o gestor, à luz do Direito Administrativo processualizado, admitir a participação do interessado na defesa dos seus argumentos, apresentação de provas e análise técnica acerca do deferimento ou indeferimento da recomposição do equilíbrio.

O equilíbrio econômico sobreleva em importância na análise da qualificação dos contratos, em especial quando se estabelecem vigências de longo prazo, que tornam os objetos mais suscetíveis às externalidades; ou envolvem vultuosos recursos; e se referem às especificidades associadas à análise econômica que compõe a equação, considerando a estrutura de remuneração em favor do contratado.

De fato, a disponibilidade dos interesses e patrimônio que baliza o Direito Civil e Empresarial (regime privado) é severamente mitigada ou mesmo extinta no âmbito do Direito Administrativo. Assim, quanto mais claro e bem definido for o instrumento convocatório acerca do equilíbrio econômico-financeiro, inclusive acerca dos riscos assumidos pelas partes (álea ordinária), mais facilmente será possível solucionar controvérsias acerca da existência de fatos ensejadores da recomposição do mesmo, sem necessidade de ajuizamento de ação ou arbitragem.

Outro paralelismo possível com as teorias civilistas, refere-se à possibilidade de

⁷⁴ DI PIETRO, 2015, p. 101, grifo nosso.

autoregramento (sistema autopoiético) em contratos empresariais e à cláusula compromissória nos contratos administrativos. A possibilidade da sua utilização é expressamente autorizada na Lei 8.987/1995⁷⁵ (Lei das Concessões de Serviços Públicos), 9.478/1997⁷⁶ (Dispõe sobre política energética), 10.233/2001⁷⁷ (Dispõe sobre reestrutura dos transportes aquaviário e terrestre) e 11.079/2004⁷⁸ (Institui a parceria público-privada), além da Lei de 13.129/2015⁷⁹ que ampliou a aplicabilidade da arbitragem para a Administração Pública.

A cláusula arbitral insere-se na noção de autoregramento dos contratos complexos⁸⁰ e tem vantagens referentes à celeridade na busca da solução do conflito, em especial por envolver especialistas no assunto,⁸¹ cabe à Administração estabelecer claramente quais são as diretrizes e os instrumentos jurídicos aplicáveis, no sentido de tutelar o interesse público. Gomes⁸² destaca que o objeto da cláusula em contratos complexos (privados) pode ser amplo ou não, sendo que “Em regra, o objeto contempla não apenas a instituição do juízo arbitral, como também o número de árbitros, a instituição que sediará a arbitragem ou a sua forma de escolha, *a legislação incidente.*”

Outra correlação possível decorre da classificação empreendida no Direito Administrativo para algumas *espécies* contratuais clássicas: obra, serviços, compras e alienações, conforme definido no Art. 6º da Lei 8.666/1993⁸³. Além destes, também são

⁷⁵ Cf. BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília: Planalto, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm. Acesso em: 28 ago. 2018.

⁷⁶ Cf. BRASIL. Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Brasília: Planalto, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19478.htm. Acesso em: 28 ago. 2018.

⁷⁷ Cf. BRASIL. Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. Brasília: Planalto, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2001/110233.htm. Acesso em: 28 ago. 2018.

⁷⁸ Cf. BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília: Planalto, 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm. Acesso em: 28 ago. 2018.

⁷⁹ Cf. BRASIL. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Brasília: Planalto, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm. Acesso em: 28 ago. 2018.

⁸⁰ GOMES, 2016.

⁸¹ GOMES, Andréia. Arbitragem na Administração Pública e o seu potencial para revigorar a relação do Estado com a Sociedade. Lei 9.037/96. *Revista de Direito da Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 75-108, 2018.

⁸² GOMES, 2016, p. 73, grifo nosso.

⁸³ BRASIL, 1993.

considerados espécies de contrato administrativo a concessão, concessão de serviço público e suas espécies, parceria público privada, conforme legislação regente. Em muitos casos, o contrato envolve obra previamente à concessão, fornecimento de bens conjuntamente com prestação e outros arranjos. Diante disto, a compreensão dos tipos abstratos e regras específicas devem ser consideradas para fins de definição de responsabilidades, com repercussão no equilíbrio econômico-financeiro.

Justen Filho⁸⁴ admite a possibilidade de contratos atípicos no âmbito da Administração Pública, podendo estar associados à conjugação de múltiplos contratos típicos (contratos coligados, mistos). Embora o autor não esclareça o método de qualificação adotado e pareça utilizar como sinônimo os termos “contrato típico” e “contrato inominado”, afastando-se das premissas epistemológicas adotadas na presente pesquisa. Cite-se:

O interesse das partes nem sempre pode ser satisfeito apenas e exclusivamente através dos modelos jurídicos até então conhecidos. A vida real impõe a necessidade de inovação. O elenco dos instrumentos jurídicos não pode ser cristalizado e reduzido apenas àquilo que foi utilizado no passado *e nada impede a criação de novos tipos contratuais*.⁸⁵

De fato, Medauar, Di Pietro, Oliveira, Carvalho Filho⁸⁶ não abordam a temática da atipicidade contratual na Administração Pública nas obras consultadas. Assim, fiado no entendimento de Justen Filho,⁸⁷ e considerando que (i) o Art. 54 da Lei 8.666/1993 autoriza a aplicação supletiva do direito privado, (ii) o Art. 62, § 3º, I, do mesmo diploma legal autoriza a celebração de contrato de seguro, locação, financiamento e demais contratos regidos predominantemente pelo direito privado⁸⁸, (iii) o Art. 425 do Código Civil confere licitude aos contratos atípicos⁸⁹, (iv) a juridicidade, como superação do formalismo legal, requer exegese sistemática para aplicação da lei; adota-se a compreensão de que a *Administração Pública, justificadamente, poderá celebrar contratos atípicos*.

A afirmação decorre do reconhecimento da dificuldade de se identificar integralmente o regime jurídico de diversos contratos regulados ou não pelo Direito Civil e da

⁸⁴ JUSTEN FILHO, op. cit.

⁸⁵ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 924, grifo nosso.

⁸⁶ MEDAUAR, op. cit.; DI PIETRO, 2015, 2019; OLIVEIRA, op. cit.; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

⁸⁷ JUSTEN FILHO, op. cit.

⁸⁸ BRASIL, 1993. Art. 54; Art. 62, § 3º, I.

⁸⁹ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília: Planalto, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 28 ago. 2018.

necessidade de adequação do contrato à disciplina do Direito Administrativo. Ou seja, sob uma perspectiva de legitimação argumentativa do Direito, conforme proposta por Konder,⁹⁰ cabe ao intérprete o ônus de justificar as escolhas realizadas no processo de qualificação.

Reafirme-se: ausente uma disciplina normativa própria e completa sobre *fattispecie*, propugna-se a necessidade de aposição de extenso rol de cláusulas no sentido de estabelecer o regime jurídico do contrato. Ocorre que, de acordo com o Art. 62, § 3º da Lei 8.666/1993⁹¹, aplicam-se os Arts. 55 (cláusulas necessárias) e 58 a 61 (prerrogativas e formalidades essenciais), mesmo para os contratos regidos predominantemente pelo regime privado. Tal dispositivo, interpretado apenas pela literalidade do enunciado normativo, inviabilizaria a aplicação do regime privado, já que o art. 58 estabelece as denominadas cláusulas exorbitantes (modificação, rescisão, fiscalização, penalização e ocupação provisória).

Em consonância com os novos valores do Direito Administrativo, afasta-se a interpretação literal do referido artigo no sentido de compreender, tal como esposado por Di Pietro,⁹² que a Administração poderá apor cláusulas exorbitantes, justificando tanto a sua inclusão, quanto a sua exclusão, mesmo nos contratos privados. Com efeito, fundado no método tipológico, não existem índices obrigatórios ou essenciais, nem índices vedados ou proibidos, aprioristicamente. Apesar da flexibilidade e graduabilidade deste método, a doutrina exerce poder relevante acerca de quais cláusulas são relevantes para compreensão global do tipo, sob o prisma da cláusula concreta. Assim, considerando os limites normais da elasticidade do tipo contratual pretendido pela Administração Pública, a aposição de cláusulas exorbitantes associadas ao regime de direito privado não podem ser compreendidas como obstáculo a manutenção desta qualificação.

De fato, a celebração de contrato atípico pela Administração Pública demanda rigorosos cuidados acerca da garantia da vantagem para o interesse público, inclusive com a possibilidade de aposição ou renúncia às cláusulas ditas exorbitantes, em analogia aos contratos de adesão⁹³ ou à liberdade negocial de estabelecer regras similares.

Afaste-se, peremptoriamente, qualquer ilação de que as cláusulas ditas exorbitantes contém traço autoritário. Com efeito, algumas delas são comuns em contratos privados de *engenharia*, conforme escreve Carmo:⁹⁴ (i) fiscalização por uma das partes; (ii) ao direito de

⁹⁰ KONDER, op. cit.

⁹¹ BRASIL, 1993. Art. 62, § 3º.

⁹² DI PIETRO, 2019, p. 566, já transcrito.

⁹³ JUSTEN FILHO, op. cit.

⁹⁴ CARMO, op. cit.

step-in, ou seja, de assumir a posição do proprietário e demandar diretamente o construtor; (iii) à suspensão ou à rescisão unilateral; (iv) à alteração de preços ou de cronograma. Gil, Schunck, Gomes⁹⁵ também citam, respectivamente, cláusulas de fiscalização e revisão contratual em favor de um contratante.

Além destas, também é comum a aposição de cláusulas referentes à eticidade das contratações ou mitigação de riscos, similares às obrigações impostas pela Administração, quais sejam: (i) responsabilidade sobre encargos trabalhistas e previdenciários;⁹⁶ (ii) obrigação de mitigar o próprio prejuízo e (iii) sancionatórias.⁹⁷

Tais assertivas permitem inferir que a presença das cláusulas de alteração ou rescisão unilateral, fiscalização e penalização é comum em contratos estritamente privados, sem que isto caracterize *per se* autoritarismo (cláusula meramente potestativa) ou alteração do regime civil, empresarial. Trata-se do exercício da autonomia da vontade em contratos paritários, inclusive com possibilidade de estabelecer autoregramento e celebrar contratos complexos,⁹⁸ elementos particulares ou cláusulas específicas em contratos atípicos.⁹⁹

De modo complementar, a impossibilidade de decisões arbitrárias de agentes públicos foi reforçada pelos novos paradigmas do Direito Administrativo, superando a percepção de imperatividade e autoexecutoriedade como instrumentos autoritários. De fato, exige-se, enfaticamente, a processualidade das decisões administrativas, pautadas pelos preceitos de juridicidade, legitimidade e todo o arcabouço de proteção aos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito. Portanto, a suposta verticalidade da relação da Administração Pública com particulares é mitigada. E, sendo possível aos particulares celebrarem acordos com mesmo conteúdo jurídico das cláusulas ditas exorbitantes, não há motivo para que os órgãos do Estado renunciem a esta possibilidade sem justificativa baseada na causa concreta do contrato. Ao contrário, possuem o poder-dever de estabelecer as cláusulas necessárias e suficientes para garantir a finalidade pública que o contrato visa a atender.

Nesta linha de raciocínio, portanto, abrandam-se a importância da classificação do regime jurídico aplicável ao contrato atípico celebrado pela Administração como privado ou publicístico. Trata-se, mais precisamente, de exigir das partes o cumprimento das cláusulas

⁹⁵ GIL, Fabio Coutinho de Alcântara. *A onerosidade excessiva em contratos de engineering*. 2007. Tese. (Doutorado em Direito Comercial) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. ; SCHUNCK, op. cit. ; GOMES, 2016.

⁹⁶ CARMO, op. cit.

⁹⁷ SCHUNCK, op. cit.

⁹⁸ GOMES, 2016.

⁹⁹ KATAOKA, op. cit.

gerais inerentes aos contratos e princípios reitores do Direito Administrativo, sempre com vistas a atender à finalidade pública, em todas as fases da contratação. Torne-se explícito: a noção de módulo contratual defendida por Medauar¹⁰⁰ autoriza a aplicação de ambos os regimes jurídicos. Nestas situações, a aposição ou renúncia às cláusulas exorbitantes e prerrogativas devem ser explicitadas para que os custos de transação sejam adequadamente avaliados pelos potenciais contratados.

Esta avaliação, por força do Art. 37, XXI, CRFB/1988,¹⁰¹ em geral é realizada em provimento próprio: a licitação. Ou seja, é preciso admitir que a negociação entre a Administração Pública e o(s) particular(es) ocorre de forma diversa daquela realizada pelos agentes econômicos privados.

Tendo por certo que o equilíbrio econômico-financeiro é um *índice* relevante para o contrato e que sua definição é estabelecida na proposta apresentada no respectivo certame, cabe à Administração informar todos os elementos à apreciação dos interessados, mesmo quando não for aplicável a licitação. Neste sentido, a autonomia da vontade do licitante consiste em analisar os riscos e benefícios inerentes ao cumprimento do objeto, conforme definidos em projeto básico (ou documento equivalente), recebendo a justa remuneração pelos encargos contratuais.

Justen Filho,¹⁰² comentando sobre o tema, é enfático:

Essa etapa interna envolverá a elaboração do projeto básico. Isso permitirá à Administração uma estimativa consistente sobre a solução técnica, os custos financeiros, o tempo necessário e os requisitos indispensáveis à execução da atividade.

omissis

Em suma, a licitação não pode ser instaurada sem a existência de informações precisas sobre a prestação a ser executada, as técnicas a serem adotadas, os custos e tudo o mais que se revelar como necessário para identificar os direitos e as obrigações das partes.

Esta análise, de forma similar à iniciativa privada, envolve riscos para a Administração, sendo certo que é necessário aloca-los.¹⁰³ A explicitação e a distribuição dos

¹⁰⁰ MEDAUAR, op. cit.

¹⁰¹ BRASIL, 1988.

¹⁰² JUSTEN FILHO, op. cit., p. 180-181.

¹⁰³ NATAL, Tatiana Esteves. A divisão de riscos e o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos de concessão de serviço público no Estado Regulador. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, v. 67, p. 218-249, 2013. Disponível em: https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTA4Mg_%2C%2C. Acesso em: 15 set. 2020; GRAEFF, Fernando. *Uma análise da alocação de riscos nos contratos para prestação*

mesmos são mecanismos para reduzir riscos morais. De fato, a Análise Econômica do Direito contribui para a compreensão deste fenômeno na fase pré-contratual, já que comportamentos oportunistas precisam ser sopesados pelas partes, conforme observaram Carmo¹⁰⁴ e Schunck,¹⁰⁵ *in verbis*:

Não apenas as falhas em auto declarar os atributos verdadeiros *ex ante* (seleção adversa) e o desempenho verdadeiro *ex post* (risco moral) estão ambas subsumidas no oportunismo, mas também a falha em dizer a verdade, a inteira verdade e nada mais que a verdade está implicada no oportunismo. Admite-se a possibilidade de os agentes econômicos mentirem, trapacearem e roubarem. Admite-se a possibilidade de que o agente econômico irá observar a letra mas violar o espírito do contrato. Admitem-se as possibilidades de que os agentes econômicos irão deliberadamente induzir à quebra do contrato e demonstrar outras formas de comportamento estratégico. De modo mais geral, a referência não apologética ao oportunismo clama por atenção e ajuda a desconstruir um conjunto mais amplo de fenômenos que normalmente aparecem quando a referência é feita à seleção adversa e ao risco moral.

Ademais, a assimetria de informação pode também levar o detentor de mais informação ao oportunismo, outro aspecto que tende a interferir na completude do contrato. A assimetria de informação se relaciona, ainda, com o segundo fator que leva à incompletude dos contratos: os custos de transação.

Em outras palavras, a legitimação das escolhas decorre da transparência e motivação clara acerca das decisões, com vistas a garantir o interesse público. Também é possível afirmar que, em função dos riscos e das variáveis econômicas referentes ao sinalagma, subsistirá um grau de incerteza acerca da obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, em face da impossibilidade de prever todos os eventos que podem ocorrer ao longo da execução do contrato, em especial para aqueles de longa duração que tendem a ser incompletos. Por outro lado, o clausulado excessivamente detalhado pode dificultar a flexibilidade necessária e atrair custos de transação.¹⁰⁶

Dessa forma, apenas à luz do caso concreto é possível analisar a causa do contrato e decidir acerca das cláusulas necessárias e suficientes ao acordo, celebrando acordos típicos ou atípicos, atraindo a incidência do regime dito publicístico, privado ou híbrido, com adequado detalhamento de custos. Reforce-se, oportunamente, que o ônus argumentativo se ampliará à medida que a contratação se afastar dos tipos legais ou sociais estabelecidos, ou que imponha deveres adicionais ao contratado.

de serviços públicos: o caso do transporte rodoviário interestadual de passageiros por ônibus. 2011. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização) – Tribunal de Contas da União, Brasília. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24F0A728E014F0B1CD37B1EFE>. Acesso em: 15 set. 2020.

¹⁰⁴ WILLIAMSON, 1993 apud CARMO, op. cit., p. 146-147.

¹⁰⁵ SCHUNCK, op. cit., p. 45.

¹⁰⁶ CARMO, op. cit., GOMES, 2016.

Em função da especificidade negocial e do procedimento, a efetiva transparência do projeto básico proporciona à Administração melhores condições para obter a proposta mais vantajosa sob o prisma da economicidade. Com efeito, a disputa de potenciais interessados pode reduzir os custos referentes ao cumprimento do objeto, mitigar os riscos de oportunismo quando da ocorrência de eventos que afetem a adimplimento do contrato.

Tal entendimento, destarte, não decorre de formalismo ou percepção tradicional acerca do Direito Administrativo. Tem-se, na realidade, aplicação da Análise Econômica do Direito realizada no âmbito da iniciativa privada. De fato, Carmo¹⁰⁷ destaca que esforços e custos *ex ante* na mitigação dos riscos e incertezas podem *compensar* em relação a potenciais prejuízos, embora o ambiente institucional seja um *facilitador* da negociação e que o Estado exerce papel relevante na redução de custos decorrentes de conflitos, reconhecendo o papel da regulamentação e solução dos mesmos. A autora, citando o pensamento de Williamson¹⁰⁸, escreve:

A partir da visão do homo economicus tal como concebido pela ECT [economia dos custos de transação], a síntese sobre a contratação pode ser a seguinte: ‘A economia dos custos de transação enfatiza duas mensagens [...]. Em primeiro lugar, não contrate de modo ingênuo. Em segundo lugar, tente mitigar o oportunismo de modo eficiente do ponto de vista de custos. Ambos estão bastante relacionados. [...] As transações que estão sujeitas ao oportunismo *ex post* irão se beneficiar se proteções eficientes do ponto de vista de custos puderem ser elaboradas *ex ante*. Em vez de retribuir o oportunismo na mesma moeda, o príncipe sábio é aquele que busca dar e receber compromissos críveis. Essa é uma resposta contratual muito mais profunda e importante, mas exige que os obstáculos do oportunismo sejam encarados, em lugar de suprimidos’.

Encarar os riscos de oportunismos envolve o dialogismo e a processualidade já comentadas, sendo certo que a Consulta Pública e o procedimento licitatório permitem que o Poder Público absorva e empregue adequadamente os mecanismos adequados de controle e tratamento de riscos, em que o preço ao final da licitação poderá expressar melhor os resultados eficientes pretendidos.

A flexibilidade do método tipológico permite que o formalismo contratual seja, moderada e justificadamente, substituído por soluções criativas, respaldadas em estudos técnicos robustos, em favor de contratos mais justos, efetivos e econômicos para o Poder Público, para os usuários dos serviços, para o contribuinte. A eficiência, como vetor

¹⁰⁷ CARMO, op. cit.

¹⁰⁸ WILLIAMSON, 1993 apud CARMO, op. cit., p. 147.

interpretativo, atrai a juridicidade em detrimento de legalidade estrita, expõe a literalidade e o excesso de formalismo na análise do clausulado, em favor das consequências práticas pretendidas,¹⁰⁹ desde que não contrarie norma cogente. Assim, a elaboração do projeto básico ou documento equivalente) e do contrato devem ser explícitos acerca das regras aplicáveis, superando a dicotomia entre regimes público e privado, no sentido de promover segurança jurídica aos administrados.

4. Conclusão.

Apresentou-se, sem pretender esgotar o tema, o método tipológico, considerando sua robustez para qualificar o contrato, admitindo-se que ele adota como premissas: (i) lógica fuzzy, não binária acerca da (i)licitude do contrato; (ii) elasticidade do tipo, analisado à luz do caso concreto; (c) a possibilidade de tipos diferentes se combinarem formando coligações contratuais ou novos tipos ou, ainda, contratos complexos; (d) a presença de pelo menos uma causa concreta que permite a necessária visão global do contrato; (e) variabilidade e heterogeneidade dos elementos ou características que assumem a função de índice, tanto sob o prisma da positivação dos tipos, quanto das práticas reiteradas (tipos sociais), ou mesmo da própria concepção de tipo.

O processo hermenêutico inerente ao método consiste em perscrutar o ordenamento jurídico em busca de potenciais tipos aplicáveis ao caso, inclusive aqueles socialmente aceitos. Analisar o clausulado no sentido de identificar as peculiaridades, procedendo à valoração que proporciona a identificação da função concreta do contrato, após cotejo com os *fattispecies* abstratas existentes. Denotou-se que este método reconhece a elasticidade, graduabilidade e flexibilidade do tipo, em que a causa concreta exerce papel relevante a sua tipificação.

Problematizou-se a questão dos regimes privado e publicístico dos contratos da Administração. Embora o método tipológico não seja usualmente utilizados pelos juristas do Direito Administrativo, entendeu-se cabível a análise, considerando-se a noção de módulo contratual e que a classificação existente autoriza a aplicação de normas de direito público, mesmo em contratos ditos privados.

¹⁰⁹ BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação na aplicação do direito público. Brasília: Planalto, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso: em 03 set. 2020.

Observou-se, inclusive, que as denominadas cláusulas exorbitantes (fiscalizar, resilir, sancionar) – índices caracterizadores do contrato administrativo em sentido restrito – são relativamente comuns em contratos incompletos, complexos, de longa duração, de grandes obras. Portanto, não se tratam de acordos exclusivamente da Administração ou uma de posição verticalizada.

Fundamentou-se, igualmente, que a renovação do Direito Administrativo impõe a releitura da imperatividade e autoexecutoriedade, no sentido de reforçar a compreensão de que a ação pública deve pautar-se pela juridicidade e processualidade, afastando o caráter supostamente autoritário destas cláusulas.

Denotou-se que o equilíbrio econômico-financeiro pode ser compreendido como um índice do contrato administrativo, em face da sua natureza cogente, em função do Art. 37, XXI, CRFB/1988.¹¹⁰ Neste sentido, considerando a especificidade negocial da Administração, por meio do procedimento de licitação ou similar, propugnou-se que o projeto básico (ou documento equivalente) seja elaborado de modo a tornar explícito as cláusulas e prerrogativas da Administração, permitindo a adequada valoração dos custos de transação e obtenção da proposta mais vantajosa.

É preciso reconhecer, igualmente, que a aposição das cláusulas deve realizar-se em consonância com as reiteradas práticas sociais que envolvem o tipo. A assertiva deve ser compreendida de forma dúplice. Em primeiro lugar, considera-se que a utilização das mesmas não decorre de uma posição verticalizada da Administração Pública em relação ao particular, mas sim do exercício legítimo que qualquer contratante tem em proteger seus próprios interesses. Em segundo, que o gestor deverá ter cautelas adicionais quando se afastar dos contratos usualmente celebrados, quer pela Administração, quer pelo mercado privado, no sentido de garantir que haverá vantagens para a sociedade, os usuários.

Afirmou-se, ainda, que a autonomia da vontade da Administração seja guiada pela finalidade pública, confundindo-se com esta. Não é a aplicação do regime privado que autoriza uma posição condescendente em relação aos interesses dos contratados. Por óbvio, as exigências e renúncias serão apreciadas economicamente pelos potenciais contratantes e corresponderão ao sinalagma do contrato.

Neste sentido, e considerando que inúmeros são os riscos de utilização de contratos atípicos pela Administração Pública, a decisão da sua utilização deve basear-se em estudos apropriados, adequadamente detalhados, tecnicamente justificados. Portanto, não é possível

¹¹⁰ Cf. BRASIL, 1988. Art. 37, XXI.

presumir os benefícios exclusivamente com noções abstratas acerca da vantagem pretendida, em função da existência de riscos de oportunismo.

Por fim, tem sido comum em trabalhos acadêmicos propor objetos de estudos em continuação e aprofundamento da pesquisa empreendida. Portanto, propugna-se pela realização de pesquisas que permitam densificar o debate acerca da qualificação dos contratos administrativos, especialmente aqueles que envolvem a atipicidade contratual.

Referências

ARAÚJO, Paulo Miralles de. *Contratos built to suit: qualificação e regime jurídico*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Planalto, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao_Compilado.htm. Acesso em: 28 ago. 2018.

BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília: Planalto, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 28 ago. 2018.

BRASIL. *Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília: Planalto, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm. Acesso em: 28 ago. 2018.

BRASIL. *Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997*. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Brasília: Planalto, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19478.htm. Acesso em: 28 ago. 2018.

BRASIL. *Lei no 10.233, de 5 de junho de 2001*. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. Brasília: Planalto, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis2001/110233.htm. Acesso em: 28 ago. 2018.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília: Planalto, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 28 ago. 2018.

BRASIL. *Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004*. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília: Planalto, 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm. Acesso em: 28 ago. 2018.

BRASIL. *Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015*. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Brasília: Planalto, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm. Acesso em: 28 ago. 2018.

BRASIL. *Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018*. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília: Planalto, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso: em 03 set. 2020.

CARMO, Lie Uema. *Contratos de construção de grandes obras*. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COELHO, Fábio Uchoa. *Curso de Direito Comercial: direito de empresa*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do Direito*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1980.

GIL, Fabio Coutinho de Alcântara. *A onerosidade excessiva em contratos de engineering*. 2007. Tese. (Doutorado em Direito Comercial) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

GOMES, Andréia. Arbitragem na Administração Pública e o seu potencial para revigorar a relação do Estado com a Sociedade. *Lei 9.037/96. Revista de Direito da Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 75-108, 2018.

GOMES, Susete. *A interpretação dos contratos complexos: uma visão dos contratos coligados*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

GRAY, David E. *Pesquisa no mundo real*. 2. ed. Porto Alegre: Penso, 2012.

GRAEFF, Fernando. *Uma análise da alocação de riscos nos contratos para prestação de serviços públicos: o caso do transporte rodoviário interestadual de passageiros por ônibus*. 2011. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização) – Tribunal de Contas da União, Brasília. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24F0A728E014F0B1CD37B1EFE>. Acesso em: 15 set. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KATAOKA, Eduardo Takemi Dutra dos Santos. *Elementos para a eficácia jurídica da pluralidade contratual*. 2005. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.

KONDER, Carlos Nelson de Paula. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos da Metodologia Científica*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MATTIETTO, Leonardo. Qualificação jurídica do contrato. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (coord). *Direito e Justiça Social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária – estudos em homenagem ao professor Sylvio Capanema de Souza*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 368-375.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MESQUITA, Rogério Garcia. A processualidade do direito administrativo contemporâneo. *RPGE*, Porto Alegre, v. 33, n. 69, p. 203-230, 2012. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/110513/processualidade_direito_administrativo_mesquita.pdf. Acesso em: 14 out 2018.

MOREIRA NETO, Diego de Figueiredo. Apontamentos sobre a Administração de Resultados. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, Ed. Especial, p. 81-89, 2017.

NATAL, Tatiana Esteves. A divisão de riscos e o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos de concessão de serviço público no Estado Regulador. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, v. 67, p. 218-249, 2013. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTA4Mg%2C%2C>. Acesso em: 15 set. 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Forense, 2017.

SCHUNCK, Giuliana Bonanno. *Contratos de longo prazo e dever de cooperação*. 2013. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

SILVA, Rogério Spanhe da. O controle judicial do princípio da eficiência administrativa. *Revista de Direito da ADVOCEF*, Distrito Federal, v. 6, n. 12, p. 149-182, 2011.

SCHWANKA, Cristiane. A procesualidade administrativa como instrumento de densificação da administração pública democrática: a conformação da administração pública consensual. *Revista TCE-MG*, Belo Horizonte, v. 80, n. 3, p. 67-93, jul/ago 2011.