

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

MAISSON P. S. MARQUES

**OS CONTRATOS REGIDOS PELA LEI 13.303/2016:**

A incompatibilidade dos contratos administrativos com o regramento previsto na Lei das  
Estatais.

Porto Alegre

2019

MAISSON P. S. MARQUES

**OS CONTRATOS REGIDOS PELA LEI 13.303/2016:**

A incompatibilidade dos contratos administrativos com o regramento previsto na Lei das  
Estatais.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado  
como requisito para aprovação na Faculdade de  
Direito da Universidade Federal do Rio Grande  
do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Rafael da Cás Maffini

MAISSON P. S. MARQUES

**OS CONTRATOS REGIDOS PELA LEI 13.303/2016:**

A incompatibilidade dos contratos administrativos com o regramento previsto na Lei das  
Estatais.

Monografia apresentada como exigência parcial  
para a obtenção do título de Bacharel em Direito  
na Universidade Federal do Rio Grande do Sul  
UFRGS  
– Faculdade de Direito.

Aprovada em de dezembro de 2019.

BANCA EXAMINADORA:

---

Prof. Dr. Rafael da Cás Maffini

---

Examinador (a)

---

Examinador (a)

## AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, professor Rafael da Cás Maffini, o qual aceitou a tarefa de orientar esse atrasado graduando.

Aos meus colegas e amigos, especialmente ao *Gregório Schroder Sliwka*, sem quem não seria possível concluir esse trabalho.

Aos meus familiares, especialmente ao meu irmão, *Fabiano Marques*, pessoa de determinação inspiradora.

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo de estudo a análise dedutiva expositiva dos contratos administrativos no ordenamento jurídico brasileiro e a sua aparente incompatibilidade com o regramento previsto no artigo 68 da Lei 13.303/2016 – o qual trata das diretrizes a serem seguidas pelas estatais em matéria licitatória e contratual. Com a finalidade de maior conhecimento das particularidades do instituto jurídico, serão expostos os principais fundamentos que legitimam a sua aplicação, as suas características centrais e as consequências de sua implementação na contratação pública. Devido à falta de conceituação legislativa sobre os contratos administrativos, a doutrina será utilizada como importante ferramenta para a compreensão teleológica da Lei. Com efeito, a crescente participação do Estado na atividade empresária, buscando novas formas de consecução do interesse público, ganha novos contornos com a edição da Lei das Estatais, a qual propõe uma ruptura com o modelo de contratação anteriormente empregado. Assim, é a proposta do presente trabalho a análise de quão profunda foi essa ruptura em matéria licitatória e contratual, sobretudo se ainda comporta a aplicação de espécie de contrato fundado no regime anteriormente aplicado às estatais.

**Palavras-chave:** contrato administrativo. Contratos da Administração Pública. Regime jurídico das estatais. Lei das Estatais. Direito Administrativo.

## **ABSTRACT**

The present research has as objective of study the deductive analysis of administrative contracts in Brazilian law and its apparent incompatibility with the regulations fixed in the article 68 of the Law 13.303/2016 – that stipulates the directives to be followed by state-owned enterprises in public bids and contracts. Aiming to expand knowledge over the particularities of this legal institutes, the fundamental principles that legitimize their application, its main characteristics and the consequences of their implementation in the public contracts will be presented. Due to the absence of legislative concepts regarding public contracts, legal literature will be used as an important tool to the teleologic comprehension of the law. In effect, the crescent participation of the State in the entrepreneurial activity, searching for new ways to realize the public interest, is gaining new shapes with the edition of the State-owned Enterprises Law, which proposes a rupture with the model of contracting previously adopted. So, the proposal of the present essay is to analyse how deep was this rupture in the subjects of public biddings and contracts, above all if this regime still accepts the application of the species of contracts based on the old regime.

**Keywords:** public contracts; public administration contracts; legal doctrine of the state-owned enterprises; state-owned enterprises law; administrative law.

## LISTA DE SIGLAS

ADI: Ação Direta de Inconstitucionalidade

CF: Constituição Federal

DL: Decreto-Lei

EC: Emenda Constitucional

MPU: Ministério Público da União

PPP's: Parcerias Público Privadas

TCU: Tribunal de Contas da União.

## Índice

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>II. CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....</b>	<b>11</b>
2.1. Delimitação conceitual. Os contratos da Administração Pública.....	11
2.2. Breves comentários sobre o interesse público.....	16
2.2.1. A discussão sobre o interesse público.....	17
2.2.2. O interesse público no direito administrativo brasileiro.....	18
2.3. Algumas generalidades sobre os contratos administrativos.....	21
2.4. Contratos administrativos no ordenamento jurídico brasileiro.....	22
2.4.1 Os elementos constitutivos dos contratos administrativos.....	24
2.4.2 Cláusulas exorbitantes.....	27
2.4.2.1 Cláusulas de alteração unilateral do contrato.....	29
<b>III. CONTRATOS REGIDOS PELA LEI 13.303/2016.....</b>	<b>35</b>
3.1. Um panorama sobre a Lei 13.303/2016.....	35
3.2. Artigo 68 da Lei 13.303/2016.....	37
3.2.1. Pelos preceitos do direito privado.....	38
3.2.2. Pelo disposto nesta Lei.....	39
3.2.2.1. A ruptura com o regime jurídico disposto na Lei 8.666/93.....	40
3.2.2.2. A mitigação das cláusulas exorbitantes.....	42
3.2.3. Pelas suas cláusulas.....	43
<b>IV. CONCLUSÃO.....</b>	<b>45</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>48</b>

## INTRODUÇÃO

O campo de estudo direito administrativo contemporâneo já não é mais aquele que vigorava quando lançadas as suas bases. A comunitarização (SCHILL, 2015), fenômeno recente do direito administrativo europeu, é sintomático ao demonstrar que a ideia de um Estado hierárquico e centralizador está em sendo gradativamente substituído por mecanismos de colaboração internacional.

É nesse contexto geral, de mudança de paradigmas do Direito Administrativo que foi editada a Lei 13.303/2016, a qual traz um novo regime contratual para as empresas estatais.

Nesse passo, é o objetivo desse estudo a análise acerca das mudanças trazidas pela supracitada Lei, sobretudo se é possível classificar os contratos regidos pela Lei 13.303/2016 como contratos administrativos – espécie contratual construída pelo sistema jurídico nacional sob as bases da Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei 8.666/93). Ademais, se não o são, então que tipo contratual é consagrado pela Lei das Estatais?

Nesse passo, partimos de uma análise acerca dos elementos constitutivos dos contratos da administração pública e suas espécies, dando especial enfoque aos contratos administrativos. Assim, torna-se possível uma posterior análise acerca da compatibilidade dos contratos firmados pela administração pública com o regime jurídico previsto na Lei 13.303/2016, para a devida compreensão acerca de subsistência, ou não, dos contratos administrativos na Lei das Estatais.

Para tanto, utilizando-se do método expositivo dedutivo, a presente pesquisa se divide em dois principais capítulos.

O capítulo de número dois é destinado para uma compreensão dedutiva expositiva acerca dos contratos da administração pública, especialmente à conceituação do que é o contrato administrativo, quais os requisitos para a sua aplicação e quais as consequências que isso traz para a relação jurídica. Por tratarmos de conceito desenvolvido predominantemente pela doutrina, é nela que buscamos as bases para tais conceituações. Outrossim, conjuntamente é analisado

o modo como a legislação brasileira trata do tema, sobretudo a Lei Geral de Licitações e contratos.

O terceiro capítulo tem como objeto de estudo o artigo 68 da Lei 13.303/2016, o qual é utilizado para nos orientar durante as exposições sobre o regime jurídico proposto pela Lei. Assim, torna-se possível traçar um paralelo entre as principais espécies contratuais hoje existentes e a sua compatibilidade com o regime proposto pela Lei das Estatais.

Acerca da doutrina utilizada, é empregada aqui, como ponto de partida, a conceituação defendida por Hely Lopes Meirelles. Tal escolha se dá por ser este autor um dos mais influentes quando da edição da Lei 8.666/93.

Outrossim, em buscas realizadas nas plataformas do Tribunal de Contas da União, o nome do supracitado administrativista responde a um total de 2.876 menções diretas. Trata-se do autor, dentre os utilizados nesse trabalho, com maior número de referências. A mais antiga das citações é datada de 11 de fevereiro de 1992, ao passo que a mais recente é de 20 de novembro de 2019. Com efeito, apesar de falecido em 1990, sua influência é ainda atual.

Oportuno frisar que a análise doutrinária não ficou restrita ao trabalho de Hely Lopes Meirelles, sendo utilizados outros autores como forma complementar. De igual modo, artigos publicados em revistas jurídicas e reconhecidos portais de internet que tratam de assuntos jurídicos foram utilizados para trazer maior atualidade sobre os temas que aqui foram expostos.

## II. CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

No capítulo inicial serão feitas breves considerações sobre os contratos administrativos e suas espécies. Como tratamos de conceituação desenvolvida predominantemente pela doutrina, será esse o nosso ponto de partida. Não obstante, concomitantemente, será feita análise dedutiva expositiva acerca do modo como os contratos celebrados pela Administração Pública são recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Em um segundo momento, será feita melhor especificação sobre os principais elementos dos contratos administrativos, bem como serão tecidos alguns comentários sobre o interesse público, requisito central para a aplicação do regime derogatório aos contratos da Administração Pública.

### 2.1. Delimitação conceitual. Os contratos da Administração Pública.

A administração pública cotidianamente se utiliza, para a consecução do interesse público, de atos *unilaterais e bilaterais*. Aqueles são tidos como característica primária dos atos administrativos, os quais são *declarações do Estado ou de quem o represente*<sup>1</sup>; ao passo que estes são típicos dos negócios jurídicos.

Com efeito, ao nos referirmos aqui ao termo *negócios jurídicos*<sup>2</sup>, devemos ter a devida compreensão de que falamos de gênero de instituto jurídico do qual decorrem as espécies (MAFFINI, 2016, pg. 194/198) *consórcios públicos*<sup>3</sup>,

---

1 Definição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro: pode-se definir o ato administrativo como a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário.

2 "(...) institutos jurídicos em que há a manifestação de vontade da Administração Pública, para cuja produção de efeitos jurídicos faz-se necessária a convergência com a vontade alheia, seja de outros órgãos ou entidades administrativas, seja de particulares(...)" (MAFFINI, 2016, p. 193/194).

3 Art. 1º da Lei 11.107/2005: Esta Lei dispõe sobre normas gerais para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios contratarem consórcios públicos para a realização de objetivos de interesse comum e dá outras providências.

*convênios*<sup>4</sup>, *contratos de gestão*<sup>5</sup> e os *contratos da Administração Pública*<sup>6</sup>. A compreensão aprofundada de todos os referidos institutos jurídicos e suas diferenciações consistiria em digressão que em pouco contribuiria para a presente monografia, motivo pelo qual será dado destaque exclusivamente para os contratos da Administração Pública (ou, dependendo da doutrina adotada, dos contratos Públicos).

A existência dos contratos da Administração Pública é aceita por parte majoritária da doutrina. Contudo, há autores que negam a sua essência contratual, apoiando-se na argumentação de que o regime de prerrogativas da administração<sup>7</sup> seria incompatível com os contratos, os quais só existem no direito privado (DELGADO, 2012<sup>8</sup>).

Ao seu turno, é o entendimento daqueles que defendem a existência dos contratos da Administração Pública que “*O contrato não é um conceito do Direito Privado, nem do Direito Público, mas, em sua natureza formal, um conceito da Teoria Geral do Direito*” (HANS KELSEN, *apud* DELGADO, 2012). Assim, a posição aqui adotada será a defendida pela parte majoritária da doutrina de que os contratos da Administração Pública têm sua natureza na Teoria Geral do Direito, de modo similar ao que ocorre com os contratos internacionais. Tal escolha é justificada por ser esse o entendimento que, aparentemente, é adotado pela Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei 8.666/93).

---

4 (...) o que realmente qualifica os convênios, diferenciando-os dos contratos, é o fato de as partes, ou melhor, os celebrantes, além de convergirem suas vontades, o que é necessário para a própria celebração do negócio jurídico, têm também uma identidade de interesses em jogo.[...] nos contratos há uma convergência de vontades, mas uma diferença de interesses, ao passo que nos convênios existe convergência tanto nas vontades manifestadas quanto nos interesses dos celebrantes (Maffini, Rafael da Cás. 2016, p. 196)

5 “(...) O contrato de gestão, quando celebrado com entidades da Administração Indireta, tem por objetivo ampliar a sua autonomia; porém, quando celebrado com organizações sociais, restringe a sua autonomia, pois, embora entidades privadas, terão que sujeitar-se a exigências contidas no contrato de gestão (...)” (Di Pietro, 2019, pg. 379).

6 Classificação adotada por Rafael da Cás Maffini 188 e seguintes.

7 Maria Sylvania Zanella Di Pietro diferencia a expressão regime jurídico da Administração Pública para designar, em sentido amplo, os regimes de direito público e de direito privado a que pode submeter-se a Administração Pública. Por outro lado, a autora utiliza a expressão regime jurídico administrativo para abranger tão somente o conjunto de traços, de conotações, que tipificam o Direito Administrativo, colocando a Administração Pública numa posição privilegiada, vertical, na relação jurídico-administrativa (DI PIETRO, 2019).

8 Delgado, José Augusto. Contrato de Direito Administrativo. Artigo publicado na revista dos Tribunais online. Coleção Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo, vol. 4, p. 695/711. 2012

Sobre o tema, elucida José dos Santos Carvalho Filho que

(...) Toda vez que o Estado-Administração firma compromissos recíprocos com terceiros, celebra um contrato. São esses contratos que se convencionou denominar de contratos da Administração, caracterizados pelo fato de que a Administração Pública figura num dos polos da relação contratual (CARVALHO FILHO, 2019, pg. 178).

Dai se denota importante ponto que vai permear toda a teoria contratual do direito administrativo: a necessidade de a administração pública estar em um dos polos do negócio jurídico.

Contudo, conforme defendido pelo próprio autor supracitado, trata-se ainda de conceito muito amplo. Desse modo, nos socorremos novamente do entendimento majoritário da doutrina, o qual classifica os contratos da Administração Pública como gênero, do qual temos os contratos de direito privado firmados pela administração e os contratos administrativos<sup>9</sup> como espécie.

De forma genérica, podemos dizer que os contratos administrativos são aqueles que são aplicados segundo o regime do direito público. Assim, devido à incidência da supremacia do interesse público sobre o particular estaríamos diante de uma situação que justifique a aplicação das prerrogativas do direito administrativo. Nesse passo, são os contratos administrativos como aqueles em que há uma relação vertical entre a administração e o particular (DI PIETRO, 2019).

Ao seu turno, contratos de direito privado firmados pela administração são aqueles em que é aplicado predominantemente o direito privado no negócio jurídico<sup>10</sup>. Age a administração como *se fosse um particular* (MAFFINI, 2016, p. 201). Encontramos na doutrina autores que definem essa relação jurídica como horizontal. Contudo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro pontua que tal termo deve ser utilizado com ressalvas, uma vez que mesmo os contratos de direito privado celebrados pela

---

9 Alguns autores brasileiros, dentre eles Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, negam a existência de dos contratos administrativos. Outros, ainda, alargam o seu conceito, entendendo que todos os contratos firmados pela Administração Pública são contratos administrativos (Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo, 32ª Edição. 2019. Pág. 294).. Contudo, adotamos aqui o entendimento majoritário da doutrina, a qual reconhece a existência dos contratos administrativos com características próprias que os distinguem.

10 José dos Santos Carvalho Filho reforça tal entendimento esclarecendo que quando a Administração firma contratos regulados pelo direito privado, situa-se no mesmo plano jurídico da outra parte, não lhe sendo atribuída, como regra, qualquer vantagem especial que refuja às linhas do sistema contratual comum (CARVALHO FILHO, 2019, p. 179).

administração são parcialmente derogados pelo direito público. Isso ocorre pela presença de restrições próprias da administração – como os efeitos da indisponibilidade do interesse público, por exemplo – não sendo, assim, tecnicamente exato o emprego do vocábulo “horizontalidade” (DI PIETRO, 2019, p. 299).

Como pode ser observado, tratamos aqui categorizações doutrinárias, uma vez que são deduzidas do texto legal. Contudo, a Lei não traz de forma expressa essas separações, sendo esse um dos motivos pelos quais a definição sobre qual elemento os distingue ficar vinculado ao posicionamento da corrente doutrinária a que nos socorremos.

Nesses termos, a definição que parece ser a predominante entre os autores administrativistas é aquela que busca a diferenciação das espécies de contratos administrativos tendo como base a satisfação do interesse público.

Por óbvio, o interesse público sempre está presente como fundamento do ato administrativo, pois é elemento de validade (CARVALHO FILHO, 2019, p.). Assim, a construção doutrinária é que, as atividades que satisfazem *de forma indireta ou mediata ao interesse público* (MAFFINI, 2016, p. 201) não justificam a aplicação das prerrogativas administrativas. Logo, será essa relação jurídica regulada predominantemente pelo direito privado.

De forma mais clara, é o caso em que a administração pública aluga um local para a instalação de repartição pública. O objeto do contrato é a utilização do bem de terceiro. A atividade administrativa que será posteriormente desenvolvida no local que é o interesse público direto.

Por sua vez, aquelas atividades que satisfazem o interesse público de forma direta (ou imediata) são tidas por legítimas para a aplicação do regime derogatório. Logo, aplicam-se os contratos administrativos.

Com efeito, tratamos de classificação que ainda pode gerar dúvidas em casos limítrofes. Nesses termos, opina Rafael da Cás Maffini:

*“(...) a diferença determinante de tais espécies (...) nem sempre é de singela constatação, razão pela qual são comuns as dúvidas sobre a caracterização de um contrato da administração pública como sendo contrato administrativo ou como sendo contrato de direito privado celebrado pela Administração Pública (...)”* (MAFFINI, 2016, p. 201).

Com ressaltado inicialmente, tratamos de definição doutrinária majoritária, a qual, contudo, não é uníssona. Críticas são feitas pela adoção da consecução direta ou indireta do interesse público como fator determinante para a aplicação do regime de prerrogativas administrativas<sup>11</sup>. Nesses termos, é o posicionamento de Marçal Justen Filho:

“(…) É extremamente problemático estabelecer um critério diferencial entre os contratos privados praticados pela Administração e os contratos administrativos propriamente ditos. Poderia supor-se que a diferenciação relacione-se com o grau de vinculação entre a avença e a satisfação dos interesses fundamentais. As contratações indispensáveis à promoção do bem comum são subordinadas integralmente ao regime de direito público, enquanto as que não se apresentam assim indispensavelmente relacionadas com os interesses fundamentais permaneceriam sujeitas ao regime privatístico. Mas essa formulação não é satisfatória, especialmente sob o prisma prático. Como diferenciar as duas situações na realidade? É muito difícil. Talvez a melhor solução seja reconhecer que a satisfação de determinadas necessidades estatais pressupõe a utilização de mecanismos próprios e inerentes ao regime privado, subordinados inevitavelmente a mecanismos de mercado (MARÇAL JUSTEN FILHO, 2010, p. 761,763)”.

Ademais, um dos pontos mais atacados por aqueles que entendem problemática a adoção do interesse público como fator determinante para a aplicação do regime derogatório do direito privado aos contratos é o fato de tratarmos de um conceito indeterminado, de baixa densidade, “*não havendo delimitação segura que possa ser considerada como definitivamente representativa dos domínios do conteúdo e extensão de tal expressão*” (PESTANA, 2017)<sup>12</sup>.

---

11 Com efeito, parece que a Lei 13.303/2016, aproximou-se da ideia defendida por Jusitín Marçal Junior, uma vez que traz, em seu artigo 28, §3º, de uma nova modalidade de dispensa de licitação, a qual necessita da devida comprovação de que se trata de atividade-fim específica da empresa estatal. É o dispositivo legal: “(…) § 3º São as empresas públicas e as sociedades de economia mista dispensadas da observância dos dispositivos deste Capítulo nas seguintes situações: I – comercialização, prestação ou execução, de forma direta, pelas empresas mencionadas no caput, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais; II – nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo.(…)”

12 Márcio Pestana. “A exorbitância nos contratos administrativos”. Artigo Publicado na Revista dos Tribunais Online. 2017

## 2.2. Breves comentários sobre o interesse público.

O estudo do direito administrativo geralmente nos remete como ponto de partida a dicotomia direito público/direito privado. É exatamente esse o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, um dos principais defensores dessa divisão no nosso direito administrativo contemporâneo (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 28).

De fato, a fundamentação de tal separação está no fato de que, devido à supremacia e indisponibilidade do interesse público, as relações jurídicas estabelecidas pelo Estado não podem ser regidas por normas do direito privado, o qual é regulado pela autonomia da vontade. Dai a necessidade de um regime jurídico-administrativo, no qual estão prerrogativas e sujeições próprias da Administração Pública.

O conceito de regime jurídico-administrativo trazido por Maria Sylvia Zanella Di Pietro bem nos esclarece as peculiaridades de tal regime, o qual é “o conjunto de traços, de conotações, que tipificam o Direito Administrativo, colocando a Administração Pública numa posição privilegiada, vertical, na relação jurídico-administrativa” (DI PIETRO, 2019).

Desse posição privilegiada da Administração Pública é que nasce a legitimidade para *instabilizar* (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 627) a relação jurídica.

Nesse passo, é adotado como requisito para que a administração pública possa se valer desse regime administrativo a presença do interesse público como finalidade. Contudo, tal definição nos conduz para uma discussão que extrapola as fronteiras do direito administrativo: o que é, afinal é o interesse público?

Não é a pretensão da presente monografia encontrar uma definição para tal princípio administrativo, o que se traduziria em uma atitude imprudente e excessiva audácia do autor. Contudo, cabe aqui uma breve revisão sobre a sua origem histórica, bem como acerca do patamar que atingiu em nosso ordenamento jurídico, muitas vezes sendo invocado como motivação para a tomada de atos arbitrários.

### 2.2.1. A discussão sobre o interesse público.

Há muito tido como indiscutível, cada vez mais presente nas discussões doutrinárias está a aplicação da supremacia do interesse público como viga mestra do direito administrativo.<sup>13</sup> (GIACOMUZZI, 2017).

Na base do direito administrativo moderno muito tem do que Rousseau definiu como *volanté général*, filosofia essa que parte da premissa de que é através da consciência que atingiríamos a Justiça, essa universal. Efetivamente, estamos aqui mergulhados no jusnaturalismo. Como resta claro, os alicerces de tal corrente filosófica se apoiam em conceitos metafísicos.

Do lado oposto, encontramos autores que buscam trazer maior racionalidade para os fundamentos do direito, afastando-se de concepções metafísicas ou do emprego de conceitos “naturais” de baixa densidade normativa. Nas palavras de Gerald Postema “*se o direito quer estabelecer e manter uma ordem social, ele deve ser capaz de exibir na face sua validade*” (POSTEMA 1986, *apud* GIACOMUZZI, 2017).

Como facilmente observado, é tema que nos conduz para análise distante do direito administrativo, remetendo-nos ao estudo de concepções filosóficas e da teoria geral do direito. Trata-se de discussão de remete a diversos pontos e fundamentos, os quais a falta de tempo e habilidade nos recomendam tangenciar. Importa ressaltar, contudo, que um dos pontos centrais das discussões entre os clássicos e os críticos é a de que o interesse público seria por demais indeterminado, inservível como princípio fundamental do Direito administrativo.

Em verdade, alguns esforços foram traçados pela doutrina contemporânea de delimitar o conceito de interesse público, como a definição de Wunder Hachem<sup>14</sup> ao diferenciar *interesse público primário* de *interesse público secundário*. Contudo, em vias práticas, tal delimitação é ainda insuficiente.

---

13 Ponto base da discussão foi o artigo publicado por Humberto Ávila em 1998.

14 Ver Hachem, Wunder, a dupla noção jurídica de interesse público em Direito Administrativo, Revista de Direito Administrativo e Constitucional - A&C Belo Horizonte, ano 11, n. 44, abr. / jun. 2011

## 2.2.2. O interesse público no direito administrativo brasileiro.

Transportando a discussão sobre o interesse público para o momento contemporâneo do Brasil, obviamente, não nas mesmas bases, encontramos nas discussões doutrinárias dois autores antagonistas sobre o tema.

Celso Antônio Bandeira de Mello está entre aqueles que defendem o caráter principiológico da supremacia do interesse público. Define o autor que *“O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência”* (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 99).

Humberto Ávila identifica-se com o polo oposto da presente discussão. Em seu artigo publicado em 1998, “repensando a princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”, busca o referido autor demonstrar que as normas brasileiras não existe princípio da supremacia do interesse público.

Uma breve análise da Lei geral de licitações nos demonstra que é adotado pela legislação a concepção de que há sim uma supremacia do interesse público sobre o interesse particular, sobretudo pela relação a relação assimétrica e desigual entre a Administração Pública e os administrados nesta espécie peculiar de relações jurídicas contratuais (PESTANA, 2017).

Com efeito, exemplo claro da adoção dessa filosofia pela Lei 8.666/93 é a previsão do inciso I do artigo 79 da Lei que elenca, como hipótese de rescisão unilateral do contrato, a ocorrência do disposto no artigo 78, inciso XII da mesma Lei, o qual dispõe que:

“(…) XII – **razões de interesse público**, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato(…)”

Recentemente, com a edição da Lei 13.655/2018, a discussão sobre o interesse público ganha novos contornos. A referida Lei promove mudanças na Lei de Introdução às Normas do Direito Administrativo (Lei 4657/42), a qual tem como

objetivo dar coerência para o direito brasileiro. O artigo 20, incluído à LINDB, assim dispõe:

“(...) Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (...)”

Comentando o artigo 20 da LINDB<sup>15</sup>, Rafael da Cás Maffini e Juliano Heinen pontuam que:

“(...) o que se veda é que a utilização de tais “valores jurídicos abstratos” ocorra de modo descompromissado com as consequências práticas da decisão. Num exemplo trivial, imagine-se determinada decisão que seja tomada supostamente por ser, segundo a autoridade decisora, supostamente a mais adequada ao interesse público, sem que o administrador demonstre quais as efetivas vantagens ou desvantagens que tal decisão ensejaria, mesmo se levada em consideração tal definição de tão árdua compreensão, como é o interesse público (...)” (MAFFINI/ HEINEN, 2018).

A necessidade da devida motivação já, há muito é apontada pela doutrina como uma dos principais métodos de controle da discricionariedade da administração. Trata-se de necessidade de haver (PESTANA, 2017) *“um amparo da motivação inovada pela autoridade competente pelo motivo justificador da decisão implementada”*<sup>16</sup>.

A própria Lei do processo administrativo federal (Lei 9784/99)<sup>17</sup> elenca, em seu artigo 50, hipóteses nas quais deverão, obrigatoriamente, ser motivados os atos administrativos. Dentre eles, aqueles *que decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública*.

---

15 Maffini, Rafael da Cás/ Heinen, Juliano. “Análise acerca da aplicação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (na redação dada pela Lei nº 13.655/2018) no que concerne à interpretação de normas de direito público: operações interpretativas e princípios gerais de direito administrativo”. Artigo publicado na Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 2018.

16 Oportuno aqui a distinção entre motivo e motivação. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, “(...) Não se confunde o motivo do ato administrativo com a “motivação” feita pela autoridade administrativa. A motivação integra a “formalização” do ato, sendo um requisito formalístico dele. É a exposição dos motivos. É a fundamentação na qual são enunciados (a) a regra de direito habilitante, (b) os fatos em que o agente se estribou para decidir e, muitas vezes, obrigatoriamente (c) a *enunciação da relação de pertinência lógica* entre os fatos ocorridos e o ato praticado. Não basta, pois em uma imensa variedade de hipóteses, apenas aludir ao dispositivo legal que o agente tomou como base para editar o ato. Na motivação transparece aquilo que o agente apresenta como “causa” do ato administrativo (...)” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 404)

17 Aplicado supletivamente aos demais entes federados.

Vê-se que, apesar de não se tratar de novidade, o artigo 20 da LINDB, buscando trazer maior segurança jurídica, traz maior centralidade ao dever de motivação, o qual deverá levar em consideração as consequências práticas da adoção da medida administrativa (MAFFINI e HEINEN, 2018).

Ademais, parece tratarmos de uma tendência atual do ordenamento jurídico brasileiro de trazer maior concretude para conceitos indeterminados como o “interesse público”.

Ao encontro de tal entendimento, importante ponto é levantado por Fernando Vernalha de Guimarães em artigo publicado na Revista dos Tribunais (2013), no qual destaca os reflexos de um Estado moderno que crescentemente transfere para a iniciativa privada a execução de tarefas públicas. Em tal contexto, é salutar a necessidade de desenvolvimento de mecanismos de controle do ato administrativo com a participação do contratado na *procedimentalização* no direito que a administração detêm de alterar unilateralmente os contratos. Trata-se da substituição de um procedimento estritamente autoritário para um procedimento que permita maior participação do administrado quando da instabilização da relação. Nas palavras do autor:

*“(...) a participação do co-contratante na formação do provimento variandi deverá contribuir também para a confecção de uma modificação contratual melhor articulada com as condições de operação do serviço (...)”*(GUIMARÃES, artigo publicado na Revista dos Tribunais, coleção “doutrinas essenciais do direito administrativo”, v. 5, cap. 2. 2013).

Diante do exposto, percebe-se que estamos tratando de situação de relativização da imperatividade do direito da administração alterar unilateralmente os contratos administrativos firmados com o particular.

Ademais, oportuno frisar que não se alude abandonar o interesse público como princípio do direito administrativo, mas sim de se aproximar do máximo do direito administrativo que é buscar o equilíbrio entre prerrogativas do regime administrativo e os direitos dos particulares, não podendo ser aceito pelo ordenamento jurídico brasileiro que, como feito não raras vezes, a administração manifeste suas pretensões arbitrárias onde deveria adotar uma conduta vinculada.

Feitas observações acerca de alguns desafios da definição de interesse público, bem como da dificuldade de controle dos atos administrativos que adotam termos indeterminados como fundamento para a aplicação de um regime derogatório do direito privado, passamos agora a analisar especificamente os contratos administrativos.

### **2.3. Algumas generalidades sobre os contratos administrativos.**

Como já exposto introdutoriamente, a existência dos contratos administrativos é tema há muito debatido e ainda controverso. O próprio gênese dos referidos institutos estão interligados com os contratos firmados conforme as normas próprias do direito civil. Conforme Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1969, *apud*, Celso Seixas Ribeiro Bastos<sup>18</sup>), possuem origem no direito francês, com a dificuldade de achar correspondência entre os atos jurídicos praticados pela Administração Pública que necessitassem de consentimento dos administrados com aqueles contratos do direito civil.

Efetivamente, tal distinção ganha especial relevância no direito francês pelo fato de ser um princípio do seu Direito Administrativo (Di Pietro, 2019) A separação das autoridades administrativa e judiciária. Contudo, a forte influência do Direito Administrativo Francês sobre o brasileiro não ficou incólume, ocorrendo a transplantação (LEGRAND, 1997) de conceitos que dão a base para a aplicação dos contratos administrativos. Com efeito, a formação de um instituto jurídico está intrinsecamente relacionado como os anseios e princípios da sociedade em que são formados, muitas vezes sendo incompatível a sua simples transposição para outro regime jurídico.

Sempre foi controverso na doutrina brasileira a existência de tal espécie de contrato da Administração Pública. Dentre os autores nacionais que defendem a inexistência dos contratos administrativos, destaca-se o sempre citado Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. O referido autor, destaca que pela indisponibilidade do

---

18 A concessão do serviço público e os contratos administrativos. 1970. Doutrinas essenciais do direito administrativo. Revista dos tribunais.

interesse público, o regime jurídico de tais contratos estaria sempre submetido à disposições legais, impostas unilateralmente, motivo pelo qual ausente requisito fundamental dos contratos. A saber:

(...) Contratual, destarte, não é o ato jurídico administrativo da concessão, pelo qual a Administração Pública delega ao administrado a execução de obra ou a prestação de serviço público, sujeito à sua regulamentação. Contratual é tão somente o acordo de vontades sobre a equação econômico financeira desses atos jurídicos, porque inalterável pelas partes, que se obrigam a respeitar o ajustado a respeito. Mas aquele é o ato jurídico administrativo principal, este apenas envolve cláusula adjeta. Jamais especifica o ato administrativo, simplesmente o completa, na regência de seu aspecto patrimonial, como ato jurídico complementar. Só aí se configura a relação jurídica contratual<sup>19</sup>.

Celso Antônio Bandeira de Mello segue na mesma linha de raciocínio (Bandeira de Mello, 2012), defendendo que, em razão das funções do Poder Público, este sempre terá disponibilidade do bem público, jamais sendo o contrato via idônea para propiciar tal disposição a um administrado. Outrossim, acrescenta que somente as cláusulas econômico-financeiras são passíveis de deliberação, motivos pelos quais não seria possível falar em contrato.

Contudo, ainda é o entendimento majoritário da doutrina brasileira a existência dos contratos administrativos, sendo aplicados pela Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei 8.666/93), motivo pelo qual necessário se fazer uma análise acerca do modo com que são conceituados e normatizados.

## **2.4. Contratos administrativos no ordenamento jurídico brasileiro.**

Não é o intuito da presente monografia realizar uma pesquisa histórica sobre os contratos administrativos, uma vez que isto seria tema para um trabalho de monografia próprio. Assim, necessário se faz limitar a sua análise com base na legislação aplicável hoje em dia, sobretudo a Lei 8.666/93.

---

19 Bandeira de Mello. Oswaldo Aranha. Princípios Gerais de Direito Administrativo. Rio: Forense, 1969, p.611.

Trata-se de Lei que regulamenta os artigos 37, inciso XXI, e 22, ambos da CF, instituindo normas para os contratos da Administração Pública<sup>20</sup>, inclusive, quando ainda não havia sido editada Lei específica, para aqueles contratos firmados pelas estatais. Com efeito, dispõe o artigo 54 da Lei 8.666/93 que

(...) **Os contratos administrativos** de que trata esta Lei regulam-se pelas **suas cláusulas** e pelos **preceitos de direito público**, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado (...) grifo

Ora, é princípio conhecido da hermenêutica jurídica que o legislador não utiliza palavras inúteis<sup>21</sup>. Assim, é claro o entendimento do legislador de aplicação à Lei 8.666/93 dos chamados contratos administrativos. Contudo, não há na legislação pátria um conceito claro sobre referida espécie contratual, sendo este papal assumido pela doutrina.

Nesse passo, socorremo-nos de um dos autores administrativistas mais influentes de nosso ordenamento jurídico brasileiro, Hely Lopes Meirelles. Em busca realizada nas plataformas do Tribunal de Contas da União, o nome do supracitado administrativista responde a um total de 2.876 menções diretas, sendo a mais recente datada de 20/11/2019; ao passo que a mais antiga é de 11/02/1992. Trata-se do autor, dentre os utilizados nessa monografia, com maior número de referências. Por esse motivo, sua conceituação sobre os contratos administrativos é que será utilizada como ponto inicial. Conforme Hely Lopes Meirelles:

(...) o contrato administrativo é o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com o particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração (...)" (MEIRELLES, 2012, p. 221).

Ainda, o supracitado autor cita como principais características do contrato administrativo a *consensualidade*, a *formalidade*, *oneroso*, *comutativo* e realizado *intuitu persone* (2012, pg. 222).

---

20 A Lei em voga trataria, via de regra, de normas gerais, para todos os entes da federação; e normas especiais que, teoricamente, não seriam aplicadas para os demais entes que não a união. Ocorre que, O STF ao julgar a medida cautelar na ADI 927 decidiu que enquanto não houver lei estadual, distrital ou municipal, se aplica a lei 8666/93 na sua integralidade.

21 Princípio da *cum effectu sunt accipienda* (Mximiliano, Carlos, *Hermenêutica e interpretação do direito*. 1965, pg. 262 8° ed.)

Contudo, o que é destacado por Hely Lopes Meirelles como principal característica dos contratos administrativos, sendo o cerne que o distingue dos contratos de direito privado são as chamadas cláusulas exorbitantes (MEIRELLES, 2012, p. 222).

Nesse passo, diante da definição trazida pela doutrina dos elementos essenciais dos contratos administrativos, a boa ciência nos exige uma análise, mesmo que breve, do modo como são recepcionados pela legislação vigente. Como muitas dessas características são aplicadas nos contratos de direito privado, o seu estudo mais aprofundado remete ao estudo da teoria geral dos contratos. Não é o objetivo da presente monografia.

Assim, serão tecidos breves comentários os aspetos de menor relevância para o presente estudo, uma vez que pouco ou nada afetados pela Lei 13.303/2016. Em um segundo momento será feita análise mais aprofundada do elemento constitutivo dos contratos administrativos que é atingido diretamente pela Lei das Estatais. A saber, as cláusulas exorbitantes.

#### **2.4.1 Os elementos constitutivos dos contratos administrativos.**

Apontado por Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES, 2012) como ponto constitutivo dos contratos administrativos, a consensualidade está ligada ao livre acordo de vontade entre as partes. É especto do campo da validade do negócio jurídico<sup>22</sup>.

Para os doutrinadores que defendem a existência dos contratos administrativos, a formação da vontade contratual está consubstanciada pela oferta feita pela Administração Pública, por meio do edital, para a coletividade, acrescida da livre iniciativa do particular de se habilitar para participar do processo licitatório. Nas palavras de Justen Filho,

---

22 Flávio Tartuce, ao tratar de aspectos do plano da validade da “escada Ponteana”, esclarece que (...)No segundo plano, o da validade, as palavras indicadas ganham qualificações, ou seja, os substantivos recebem adjetivos, a saber: agente capaz; vontade livre, sem vícios; objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita e não defesa em lei. Esses elementos de validade constam do art. 104 do CC/2002. Na realidade, não há menção à vontade livre, mas é certo que tal elemento está inserido no plano da validade, seja na capacidade do agente, seja na licitude do objeto do negócio.

(...) O que cabe afirmar é que o contrato administrativo é um ato jurídico cuja produção exige a participação de pelo menos dois sujeitos, os quais concorrem para a determinação do conteúdo das normas contratuais. Não se nega a existência a existência de uma manifestação de consento entre sujeitos diversos, ainda que tal consenso não esteja exatamente idêntico àquele encontrado no âmbito dos contratos tipicamente privados (...) (JUSTEN FILHO, p. 805)

Figura similar encontramos no direito privado, onde nos deparamos com os contratos de adesão. Trata-se de típico contrato aplicado nas relações de massa, onde o contratante formula um modelo contratual abstrato, de forma unilateral, que é ofertado a um número indeterminado de pessoas<sup>23</sup>.

Efetivamente, ao analisarmos o disposto no artigo 40, §2º, inciso III, da Lei Geral de Licitações e Contratos, ao dispor sobre os anexos necessários ao edital, encontramos a previsão legal de necessidade de estar presente a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor.

Em relação à formalidade, este é requisito que é próprio dos contratos administrativos, uma vez que, nos contratos de direito privado, firmados entre particulares, a premissa é a de informalidade.

Exemplo da referida formalidade é a necessidade de que os contratos celebrados pela Administração Pública sejam celebrados, via de regra, na forma escrita. Tal requisito está exposto na própria Lei Geral de licitações, a qual dispõe em seu artigo 60, parágrafo único, que

(...) É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea "a" desta Lei, feitas em regime de adiantamento (...)

Vale dizer, tratamos aqui de exemplo trazido pela Lei Geral de Licitações. Isto não impede, contudo, que sejam estabelecidas Leis específicas com formalidades

---

23 Nas palavras de Orlando Gomes: (...) uma das partes tem de aceitar, em bloco, as cláusulas estabelecidas pela outra aderindo a uma situação contratual que encontra definida em todos os seus termos. O consentimento manifesta-se como simples adesão a conteúdo preestabelecido da relação jurídica [...] Por sua vez, o comportamento do cliente que provoca a formação de uma relação concreta só adquire significado particular se implica adesão às condições gerais previamente estatuídas pelo empresário. (Orlando Gomes, 2019, pg. 104/105. Editora forense, 27 ed.)

adicionais, como ocorre com a Lei de Concessão (Lei 8.987 /95) ou mesmo a Lei das PPP's (Lei 11.079/04).

É, ainda, oneroso porque remunerado na forma convencionada, comutativo porque estabelece compensações recíprocas e equivalentes para as partes (MEIRELLES, HELY, 2012, pg. 222).

Complementa tal observação aquela de Caio Tácito (*apud* BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 634) quando alude que a garantia do equilíbrio econômico-financeiro é o responsável por preservar essa natureza comutativa. Tais cláusulas estão devidamente previstas na Lei 8.666/93 em seu artigo 58, §§ 1º e 2º.<sup>24</sup>

Por derradeiro, diz-se tratarmos de *contratos intuitu personae* por ser celebrado levando em consideração as condições peculiares do contratado, as quais serão analisadas quando da habilitação dos licitantes.

Tal característica é devidamente recepcionada pela Lei 8.666/93 em seu artigo 78, inciso VI, no qual consta a previsão de rescisão do contrato quando ocorrer a

*“(...) subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato (...)”.*

Assim, cumprida formalidade de analisarmos, mesmo que de forma sucinta, as características gerais dos contratos administrativos, passamos agora para aquela que é apontada pelo ordenamento jurídico como viga mestra da referida espécie contratual, a saber, a presença de cláusulas exorbitantes.

---

24 Artigo 58 da Lei 8.666/93, §1º: As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§2º. Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

## 2.4.2 Cláusulas exorbitantes

São as cláusulas exorbitantes, na visão da doutrina e da jurisprudência<sup>25</sup> aquelas que são responsáveis efetivamente por dar o caráter *sui generis* aos contratos administrativos.

Novamente a busca de uma definição sobre as cláusulas exorbitantes nos remete à doutrina, uma vez que a legislação é carente de uma definição sobre o tema, restringindo-se a estabelecer, no artigo 58 da Lei 8.666/93 as suas principais espécies.<sup>26</sup>

Alguns pontos são geralmente encontrados como explicações primárias acerca do motivo pelo qual são denominadas as cláusulas analisadas de exorbitantes.

O primeiro ponto, em verdade, tangencia a discussão acerca da origem dos contratos. Explica-se: os doutrinadores que defendem a ideia de que existem os contratos administrativos geralmente se valem de posição similar aquela defendida por José Cretella Júnior

---

25 Conforme se depreende da Leitura do acórdão do TCU, de número 3348/2019, de relatoria do ministro Walton Alencar Rodrigues em abril de 2019 "(...) De fato, os contratos administrativos possuem como característica a verticalização. A verticalização dos contratos administrativos pode ser compreendida a partir das cláusulas exorbitantes que permeiam esses contratos. Contudo, ainda que se verifique essa característica, ela jamais pode ser impeditiva para que o responsável por dinheiro público comprove sua regular aplicação, sob pena de se perverter a lógica da administração, aplicação e prestação de contas, no caso concreto, dos valores sob a tutela fiscalizadora do TCU (...)

26 Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I – modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; II – rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei; III – fiscalizar-lhes a execução; IV – aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo. § 1º - As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado. § 2º - Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

“(…) Denominar por exclusão, residualmente, de “exorbitante ou de derogatória” determinada cláusula é atribuir ao Direito Civil a posição de matriz do Direito Administrativo, ou, em outras palavras, é esquecer a categoria jurídica, que transcende os dois ramos e imaginar que o arquétipo, o referencial absoluto da árvore jurídica é o jus civile, passando toda a construção jurídica a ser elaborada a partir deste importante e mais antigo ramo de Direito” (CRETELLA, 1986, *apud* LOPES, MÔNICA SETTE<sup>27</sup>) (...)

Nesse passo, seria um equívoco definir como “cláusulas exorbitantes”, uma vez que essa conceituação toma como base o direito privado, o qual seria extrapolado pelas referidas cláusulas.

Abstraído esse equívoco, é esse um dos pontos que geralmente é definido como característico da exorbitância aqui tratada: sair da órbita do direito privado para entrar no direito administrativo. *“Despe seus traços típicos do Direito Civil para vestir a roupagem administrativa”* (CRETELLA, *apud* DELGADO, 2012<sup>28</sup>)

Ademais, outro ponto é acrescentando pela doutrina quando da definição dos motivos pelos quais é adotada tal denominação: o fato de exorbitarem a vontade das partes. Assim, mesmo que os celebrantes se esquecerem de incluir textualmente tais cláusulas, elas serão aplicadas na relação contratual (MAFFINI, 2016, pg. 202).<sup>29</sup>

Do exposto, importante destacar ainda que, mesmo que presentes nos contratos, não é este a fonte a legitimar tal competência. Trata-se de matéria de reserva legal. Conforme Fernando Vernalha Guimarães (2013), *“plano contratual não tem o condão de atribuir competência dessa ordem. Bem por isso, a competência de instabilização do vínculo nasce de uma relação de legalidade pautada por um princípio de conformação.”*<sup>30</sup>

27 Lopes, Mônica Sette. “Contrato administrativo”. Artigo publicado na Revista dos Tribunais Online. 2012

28 Contrato administrativo, Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo, vol. 4, p. 695, 2012

29 Ainda, são elencados pela doutrina critérios práticos para a definição das cláusulas exorbitantes. A saber, seriam a) a presença de matéria não suscetível de acordo entre os celebrantes do negócio jurídico; b) obrigatoriamente serão exorbitantes cláusulas que são, em essência, prerrogativas da função pública; e c) são exorbitantes aquelas cláusulas que são atípicas nos acordos firmados entre os particulares (COMENTÁRIOS A LEI DAS EMPRESAS ESTATAIS: LEI 13.303/2016, p. 596).

30 Aqui reside um fato que diferencia tal regime daquele previsto no modelo Francês, de onde foram importadas as bases de nosso ordenamento jurídico. Naquele ordenamento (...) No Direito francês, o contrato tem funcionado como fonte de competência regulamentar; os poderes da Administração sobre o co-contratante depreendem-se da lei e também do próprio contrato.

Trata-se de imposição constitucional. A contratação pública está sob influência dos princípios gerais do direito administrativo, previsto no artigo 37 da CF, dentre os citados, o da Legalidade. Conforme Bandeira de Mello, *O princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina* (BANDEIRA DE MELLO, 2012,p.108).

Logo, a referida exorbitância possui o limite de somente ser aplicada em casos onde for previamente prevista a sua aplicação e nos limites impostos pela Lei.

Ainda, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2019, pg. 298) ao referir que são as cláusulas exorbitantes indispensáveis para assegurar a posição de supremacia do Poder Público em prol do interesse público, remete ao ponto central que legitima a exorbitância. O Interesse público.

É o interesse público que legitima a adoção, pela administração, das chamadas cláusulas exorbitantes. Como visto anteriormente, trata-se de um conceito jurídico indeterminado, o qual, pelos movimentos atuais do ordenamento jurídico, vem sofrendo certas restrições e digno de maior cuidado, não sendo passível a sua aplicação sem a devida fundamentação.

#### **2.4.2.1 Cláusulas de alteração unilateral do contrato.**

Das cláusulas exorbitantes a que melhor representa o caráter *sui generis* do contrato administrativo são as cláusulas de alteração unilateral do contrato.

Consoante Enterría (ENTERRÍA, 1991, *apud* GUIMARÃES, 2016<sup>31</sup>), trata-se do poder que possui o ente público de instabilizar o vínculo, alterando as condições originariamente pactuadas para um melhor atendimento do interesse geral buscado pelo contrato.

A previsão legal da referida cláusula está no inciso I do artigo 58 da Lei 8.666/93, o qual trata de forma genérica a matéria, conferindo à Administração a

---

31 Guimarães, Fernando Vernalha. Uma releitura do poder de modificação unilateral dos contratos administrativos nas concessões de serviços públicos. Doutrinas essenciais de Direito Administrativo. 2016

prerrogativa de modificar os contratos unilateralmente, para “*melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado*”.

Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que são mutáveis as cláusulas “regulamentares”, a saber, aquelas atinentes ao objeto da relação, sendo imutáveis aquelas relacionadas com a parte econômica. (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p.631).

Desse modo, é nas cláusulas regulamentares, ou de objeto – retiradas do edital e da licitação é que poderão ser alteradas pela administração (58, inciso I da Lei 8.666/93), desde que respeitados os limites impostos pela Lei. Já as cláusulas econômicas são aquelas retiradas da proposta de licitação, formando a chamada equação financeira do contrato.

Outrossim, é no artigo 65, inciso I<sup>32</sup> da Lei que são encontradas as hipóteses em que será permitida a alteração unilateral do contrato. A Saber

“(…) Art.65.Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I – unilateralmente pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei; (…)”

Tratamos, no inciso I, *alínea a*, do artigo 65 a hipótese de alteração qualitativa. Vale dizer, é permitida a alteração desde que se preserve a essência do contrato, preservado a natureza do objeto. Temos ainda, a hipótese de alteração *quantitativa* dos contratos administrativos, previsto na alínea *b*, na qual não se altera o objeto, e sim a quantidade requerida (MAFFINI, 2016, p. 204).

Importante ponderar que tal característica pode nos conduzir para um equívoco de entender ser a alteração unilateral faculdade que pode ser aplicada de forma arbitrária pela administração. Efetivamente, não o é. A própria Lei Geral de Licitações e Contratos traz os limites de tais alterações.

Dentre as limitações impostas pela Lei, destaca-se a vedação presente no §2º do referido artigo – que limita a alteração aos limites de 25% do valor inicial do

---

32 É propício pontuar que o inciso II da Lei 8.666/93 trata dos casos de rescisão bilateral.

contrato de obras, serviços e compras, e de 50% para reformas de edifícios ou equipamentos (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p.638).

Nesse passo, conforme elucida Justen Filho

(...) a modificação unilateral do contrato pressupõe eventos ocorridos ou apenas conhecidos após a contratação. A administração tem a faculdade de modificar o contrato, mas tendo vista ocorrências subsequentes à data da contratação. Deverá ter ocorrido uma modificação das circunstâncias de fato ou de direito, motivando a necessidade ou a conveniência de alterar o contrato. Há uma força vinculante do contrato administrativo mesmo para a Administração Pública. Porém, essa força vinculante põe-se *rebus sic stantibus* (...) (JUSTEN FILHO, 20, p.844).

Com efeito, as estudadas cláusulas não só conferem direitos à administração, como também sujeições. Assim, o contraponto da prerrogativa administrativa de alteração unilateral do contrato possui a sujeição de manutenção da equação financeira do contrato.

Dito em outras palavras, a administração pode alterar a quantidade do objeto contratado, sendo, contudo, obrigatória a alteração da remuneração para que se promova a devida revisão, mantendo-se a equação financeira. Aumentando a oneração do contrato, aumentar-se-á a sua remuneração na mesma proporção. Conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello

“(...) o equilíbrio financeiro ou equação financeira do contrato é uma relação que foi estabelecida pelas próprias partes contratantes no momento da conclusão do contrato, entre um conjunto de direitos do contratante e um conjunto de encargos deste, que pareceram equivalentes, donde o nome equação; desde então esta equivalência não mais pode ser alterada. (...)” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 655)

De se destacar que o autor trata da alteração unilateral do equilíbrio econômico financeiro. Ou seja, pode ser admitida eventual modificação na equação econômico financeira se como consentimento do particular contratado, sem limite para supressões, mas respeitado o limite máximo pra acréscimos.

Isso se dá pelo fato de ser a equação financeira um modo de trazer maior segurança para o contratado, sendo um direito seu ver garantida a manutenção da

equação econômico financeira, a qual somente será alterada com o seu consentimento. Contudo, não estaríamos, assim, tratando de uma cláusula exorbitante, mas sim de mera vontade das partes.

O destaque aqui dado às cláusulas de alteração unilateral se explica, além dos motivos expostos inicialmente, por serem nos contratos de longa duração as que mais instabilizam as relações.

## **2.5 Os contratos de direito privado celebrados pela administração. Uma análise crítica do artigo 62 da Lei 8.666/93.**

Não obstante os esforços da doutrina para a estipulação de mecanismos que possibilitem a diferenciação entre as espécies de contratos da Administração Pública, um ponto em especial merece algumas breves considerações: o artigo 62 da Lei 8.666/93 e a aplicação do direito público sobre os contratos de direito privado.

Com efeito, como já tratado, não é possível falar em uma relação totalmente horizontal (DI PIETRO, 2019) nos contratos de direito privado celebrados pela Administração Pública. Contudo, o disposto no §3º do artigo 62 da Lei parece ir além de mera relativização desse conceito. Dispõe o citado parágrafo:

“(...) Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber:

I – aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado; (...)”

Como exposto, são aplicados aos contratos de direito privado o previsto nos artigos 55, 58 e 61 do Diploma legal. O artigo 55 trata das chamadas cláusulas necessárias aos contratos celebrados pela administração. Maria Sylvia Zanella Di Pietro Bem exemplifica que:

“(...) deverão obrigatoriamente constar do contrato determinadas cláusulas consideradas necessárias pelo artigo 55; dentre as mesmas, algumas podem ser consideradas regulamentares (as referentes ao objeto, forma de execução, rescisão, responsabilidade das partes); outras constituem as chamadas cláusulas financeiras, por estabelecerem o equilíbrio econômico

do contrato (em especial as referentes ao preço e critérios de reajustamento) (...)” (DI PIETRO, 2019, p. 304).

São, como visto anteriormente, em relação as cláusulas regulamentares que encontramos maior poder de escolha da administração pública, as quais podem ser alteradas unilateralmente, respeitados os limites legais previstos. Ao seu turno, são as cláusulas econômicas que geram a chamada equação financeira, sendo direito do contratado a sua manutenção.

O artigo 61, por sua vez, elenca alguns requisitos necessários dos contratos regidos pela Lei, não merecendo maiores comentários.

Contudo, é o artigo 58 que traz as maiores consequências. Trata-se de artigo que elenca as chamadas cláusulas exorbitantes, as quais são cláusulas derogatórias do direito comum. São as cláusulas que dão o caráter *sui generis* aos contratos administrativos. Nas palavras de Hely Lopes Meirelles,

“(...) o que realmente o tipifica e o **distingue** do contrato privado é a participação da Administração na relação jurídica com supremacia do poder para fixar as condições iniciais do ajuste. Desse privilégio administrativo na relação contratual decorre para a administração a faculdade de impor as chamadas cláusulas exorbitantes do Direito comum (...)”(MEIRELLES, 2012, p. 222).

Nesse passo, somam-se às discussões jurídico-dogmáticas sobre a efetiva distinção entre as espécies de contratos da administração pública, o texto legal que generaliza a aplicação das cláusulas exorbitantes, refletindo os seus efeitos até mesmo nos contratos de direito privado.

Diante de tal quadro, é crescente na doutrina o questionamento acerca da efetiva necessidade acerca da distinção entre os contratos da administração pública, uma vez que a legislação aplicada aos contratos da Administração Pública sempre terão presentes, em certa medida, a presença de prerrogativas da Administração Pública.

Efetivamente, os reflexos de aplicação de um regime jurídico altamente burocrático e com a aplicação de prerrogativas administrativas possui reflexos acentuados quando observamos que até a edição da Lei 13.303/2016 era a Lei 8.666/93 que regia os contratos das estatais.

Nesse passo, diante do desenvolvimento de atividades onde a agilidade de decisões é basilar, a aplicação de um contrato com tramites tão burocráticos e centralizadores como os regidos pelas Lei Geral de Licitações não é o mais recomendável. Ademais, como bem pontua Marçal Justen Filho,

“(...) adotar configuração autoritária para o contrato administrativo conduz a reduzir o universo dos participantes dispostos a contratar com o Estado. Acarreta a elevação dos custos estimados pelos particulares. Em suma (...) refletem-se numa elevação de custos econômicos (...)” (JUSTEN FILHO, p. 812).

Feitas essas observações sobre o modo geral como os contratos da Administração Pública são regidos, passamos agora para a análise do regime próprio que a Lei 13.303/2016 passou a prever para as empresas estatais, para, em uma última análise, podermos analisar se foi recepcionado pela nova lei estatuto compatível com a aplicação de um regime jurídico de prerrogativas administrativas e, conseqüentemente, dos contratos administrativos.

### **III. CONTRATOS REGIDOS PELA LEI 13.303/2016**

No presente capítulo será utilizado o método dedutivo para análise da Lei 13.303/2016, sobretudo o seu artigo 68, o qual dispõe as regras gerais aplicáveis aos contratos regidos por essa legislação. Outrossim, o método comparativo nos será útil para a análise de que, se de fato, os contratos administrativos são compatíveis com o estatuto jurídico das estatais.

#### **3.1. Um panorama sobre a Lei 13.303/2016**

Em que pese disposição constitucional que previa a edição de Lei específica para tratar do regime próprio das empresas estatais, inserida no texto legal pela EC 19/1998, somente em 2016 foi editada a Lei das Estatais.

Até então, eram aplicadas as disposições da Lei Geral de Licitações. Consabido que o momento político vivido no país foi um dos grandes impulsionadores de tal tramitação, o que explica, de certa forma, a ideia geral da Lei de trazer mecanismos de melhor gerenciamento e controle das estatais.

Contudo, inegável que algumas modificações trazidas possuem impactos há muito esperados por parcela dos administrativistas, principalmente aqueles que entendem ser necessária a adequação do Direito Administrativo as demandas contemporâneas do desenvolvimento da atividade empresária pelo Estado, o qual tem o seu objeto de ação ampliado pela comércio cada vez mais globalizado e pela própria ingerência do particular na atividade estatal. A crescente utilização das PPP's é exemplo notório dessa última (SCHILL, 2015).

Nesse passo, a Lei 13.303/2016 busca dar maior autonomia gerencial às empresas que se submetem ao seu regime em troca de implementação de um modelo que privilegia a livre concorrência e celeridade quando da tomada de decisões, mitigando a implementação de medidas coercitivas. Exemplos claros são os dispostos nos artigos 27 e 28, §3º, da Lei 13.303/2016.

Como se denota do §3º, do artigo 28 da Lei 13.303, que trata de exceção ao *caput* – o qual regula hipóteses de exigência de Licitação – tratamos de criação de caso onde não será exigível a licitação quando o objeto se relacionar com a atividade-fim da empresa. A saber:

“(…) § 3º São as empresas públicas e as sociedades de economia mista dispensadas da observância dos dispositivos deste Capítulo nas seguintes situações: I – comercialização, prestação ou execução, de forma direta, pelas empresas mencionadas no caput, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais; II – nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo.(…)”

De se observar que não se trata de hipótese de dispensa ou inexigibilidade de licitação. Tratamos de uma possibilidade criada pela Lei das Estatais.

Nas palavras de Rafael da Cás Maffini:

“(…) as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias obviamente não estarão obrigadas a licitar precedentemente aos seus *contratos-fim*<sup>33</sup>, ou seja, aqueles que decorrem de atividade econômica para a qual foram criadas (...) (MAFFINI, 2016, p. 188).

O enunciado do artigo 27 da Lei 13.303/2016 vai ao encontro do disposto, uma vez que busca vincular a função social da empresa pública ao disposto na Lei que autorizou a sua criação. A saber:

“(…) Art. 27. A empresa pública e a sociedade de economia mista terão a função social de realização do interesse coletivo ou de atendimento a imperativo da segurança nacional expressa no instrumento de autorização legal para a sua criação (...)”

---

33 Com efeito, A lei das Estatais trata de uma delimitação de um fim específico. Esse entendimento já era predominante no Tribunal de Contas da União, o qual já vem adotando o entendimento de que o desenvolvimento de atividade-fim, por si só, não seria causa suficiente para a desnecessidade de licitação. Assim, seria necessário a verificação que a sua aplicação representaria um *obstáculo para a atividade comercial com risco à competitividade* da empresa estatal “(...) Enquanto não for editado o estatuto a que se refere o art. 173, § 1º, da Constituição Federal, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços devem observar a Lei 8.666/1993 e seus regulamentos próprios, podendo prescindir da licitação para a contratação de bens e serviços que constituam sua atividade-fim, nas hipóteses em que a referida norma constitua óbice intransponível à sua atividade comercial. De toda forma, devem, neste caso, observar os princípios aplicáveis à Administração Pública, bem como os insertos no referido Estatuto Licitatório (...)” (acórdão 1390/2004. Julgado em 15/09/2004 Relator: Marcos Bemquerer)

Comentando o referido artigo em publicação feita em relevante portal de notificações<sup>34</sup>, Ana Frazão pontua que ao vincular a função social da empresa à consecução do objeto específico, evita-se que a função social seja *adotada para a indevida flexibilização do objeto social ou do interesse social da estatal* (FRAZÃO, 2017).

Feitas essas breves ressalvas sobre os objetivos da Lei 13.303/2016, bem passamos agora para a análise específica do modo com que o diploma legal trata os contratos celebrados pelas estatais.

### **3.2. Artigo 68 da Lei 13.303/2016**

É o artigo 68 da Lei 13.303/2016 que traz as diretrizes dos contratos firmados pelas empresas estatais. Melhor dizendo, os comentadores da Lei das Estatais destacam que o referido artigo não trata somente da instrumentalização dos contratos, como pode ser equivocadamente deduzido pelo fato de o referido artigo ser o primeiro da seção da lei que trata da formalização dos contratos. Abrange, isso sim, *“todo o processo de constituição, bem como do regramento que os agentes negociais deverão seguir”* (PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; et al. 2016, p. 597). Está assim disciplinado:

(...) *“Os contratos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas, pelo disposto nesta Lei e pelos preceitos de direito privado (...)”*. (grifo).

Com efeito, para melhor sistematização e compreensão dos seus pontos centrais, vamos analisar o artigo 68 da Lei das Estatais de forma fracionada.

Ademais, serão analisados os elementos elencados no artigo 68 do referido diploma legal de forma inversa ao modo como estão presentes no referido artigo. Assim, partiremos de conceituações mais amplas, sobre os objetivos da Lei, para a aplicação prática de seu disposto nos contratos regulados pela Lei.

<sup>34</sup> Frazão, Ana. “A função social das empresas estatais”. Artigo publicado no portal de notícias JOTA em 19/04/2017.

### 3.2.1. Pelos preceitos do direito privado.

Vê-se que, diferente do disciplinado na Lei geral de licitações e contratos (Lei 8.666/93), na qual traz a expressa previsão de aplicação *supletivamente* dos princípios da teoria geral dos contratos e os princípios do direito privado. Aqui a lógica é inversa, pois temos a aplicação *direita* do regime do direito privado (COMENTÁRIOS A LEI DAS EMPRESAS ESTATAIS: LEI 13.303/2016, p. 598).

Efetivamente, os contratos regidos pelas estatais não estão afastados da obediência aos princípios gerais do direito administrativo, o que vem confirmado, de forma cristalina, pelo artigo 31 da Lei<sup>35</sup>, o qual trata das finalidades e os princípios incidentes aos processos licitatórios realizados pelas empresas estatais e suas subsidiárias (MAFFINI, 2016).

Contudo, retomados o brocardo jurídico de que o legislador não utiliza palavras inúteis. No caso, a não utilização também nos quer dizer algo. É notória a ausência de referência a aplicação do direito público na formalização dos contratos das estatais.

Efetivamente, parafraseando Rafael da Cás Maffini (MAFFINI, 2016 p. 217), da análise do dispositivo resta claro a tentativa do legislador de tentar instituir um estatuto jurídico que discipline um regime jurídico próprio dos contratos celebrados pelas estatais, conforme se propõe o artigo 1 da Lei<sup>36</sup>.

Assim, temos nos contratos regidos pela Lei 13.303/2016 a aplicação direta dos princípios da teoria geral dos contratos, como um maior espaço para a autonomia da vontade. Mais do que isso, não há menção à aplicação da aplicação

---

35 Artigo 31 da Lei 13.303/2016: As licitações realizadas e os contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista destinam-se a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, e a evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento, devendo observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo.

36 Esta Lei dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, abrangendo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos.

de um regime derogatório do direito privado em prol de prerrogativas administrativas. Nesse contexto, pontua Alexandre Santos Aragão

“(…) Ocorre que, no contexto de um mercado complexo e globalizado, em que as parcerias empresariais são indispensáveis, o Estado, tal como os acionistas controladores de empresas privadas, se vê na contingência de, negocialmente, através de mecanismos formais de direito societário, abrir mão de alguns dos poderes que teria em razão da sua posição majoritária. É uma forma de atrair investidores, dando-lhes maior poder de influência e, conseqüentemente, maior segurança jurídica para aportarem o seu capital na empresa (…)” (ARAGÃO, 2016, p. 399).

A não estipulação de privilégios para as estatais é prestado com o evidente objetivo de não entregar qualquer vantagem nos contratos à administração em contrapartida de uma maior autonomia gerencial. Nesses termos, o posicionamento adotado pela Lei das Estatais está em acordo com a própria disposição constitucional que estabelece, em seu artigo 173, §1º, inciso II, a aplicação dos princípios da eficiência e isonomia, “*vedando o estabelecimento de quaisquer distinções, sejam elas favoráveis ou desfavoráveis às estatais, como condição para elas atuarem em mercados competitivos*” (ARAGÃO, 2016).

### **3.2.2. Pelo disposto nesta Lei.**

Outro importante ponto do artigo 68 da Lei 13.303/2016 é a disposição sobre a incidência no regramento das estatais do “disposto nesta Lei”. Conforme se buscará demonstrar, esse elemento do diploma legal é exemplificativo para nos demonstrar dois efeitos diretos trazidos pela Lei das Estatais: a) a ruptura com o regime de contratações previsto na Lei 8.666/93 e a mitigação das cláusulas exorbitantes. Visando ser fiel ao modelo expositivo até então empregado nessa monografia, cada consequência será analisada isoladamente.

### **3.2.2.1. A ruptura com o regime jurídico disposto na Lei 8.666/93.**

Como dito no início do presente capítulo, está no artigo 173, §1º, inciso III a previsão constitucional<sup>37</sup> para a existência de uma Lei própria para regular os processos de licitação e contratação em relação às empresas públicas (MAFFINI, 2016, p. 187).

Contudo, apesar de tal autorização, a Lei das Estatais somente foi promulgada no ano de 2016. Durante esse período, foi aplicada para as Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista, em matéria de licitação e contratos, a Lei Federal<sup>38</sup> 8.666/93, a qual possui, como visto, um caráter eminentemente publicista.

Por óbvio, devido às peculiaridades das empresas públicas, principalmente as que desenvolvem atividade em regime de concorrência, gerou a adoção de medidas *paliativas* (NESTER, 2017)<sup>39</sup>. Contudo, fora alguma legislação esparsa e setorial, em regra não havia regramento estatutário para as estatais, bem como regras gerais para as respectivas contratações.

É com esse plano de fundo que foi editada a Lei das Estatais, a qual, repito, busca a instauração de um regime próprio para as empresas que se submetem à sua aplicação.

De fato, a necessidade de implementação de regime próprio para as empresas estatais é matéria que se deduz do próprio texto constitucional. Na prática, temos uma sensível ruptura com o disposto na Lei 8.666/93, a qual não é aplicada nem mesmo de forma subsidiária. Explica-se.

---

37 Aqui cabe uma pequena ponderação: conforme bem suscitado por Ubirajara Costódio Filho ("Primeiras questões sobre a Lei 13.303/2016 – o estatuto jurídico das empresas estatais, Revista dos Tribunais, 2016) Da leitura do relatório de justificação da PLS 167/20158, embrião da atual lei, a referência expressa ao §1.º do art. 173 da CF/88. Contudo, na versão final, desapareceu da ementa qualquer alusão ao artigo 173 da CF.

38 Que hoje, por decisão do STF no julgamento da medida cautelar na ADI 927 decidiu que enquanto não houver lei estadual, distrital ou municipal, se aplica a lei 8666/93 na sua integralidade aos demais entes.

39 Nester, Alexandre Wagner. "Inaplicabilidade de licitação nas empresas estatais". Artigo publicado no portal JOTA. 2017

A lei 8.666/93 possui fundamentação no artigo 22 da Constituição Federal, o qual, ao tempo de sua promulgação, era assim disciplinado:

“(…) Compete privativamente à União legislar sobre: (...) XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, **para a administração pública, direta e indireta**, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle (...)” grifo

Contudo, o texto legal do artigo da CF acabou sendo modificado pela Emenda Constitucional de número 19, no ano de 1998, passando a ter o seguinte enunciado:

(…) Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:(…) XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, **obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;** (....) grifo

Comentando os efeitos da supracitada mudança na época, Jessé Torres Pereira Junior (*apud* COSTÓDIO FILHO, 2016) esclarece que o artigo 22, inciso XXVII não mais incide sobre as empresas públicas e as sociedades de economia mista no âmbito da aplicação das normas gerais, mantendo-se os efeitos somente em relação aos princípios que regem o processo contratual.

Outrossim, a mesma EC modificou o §1º do artigo 173 da CF, passando a prever “*Lei que estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias*”. Ainda, disciplinou no inciso III do referido artigo que, a Lei iria dispor sobre

“(…) III – *licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública* (...)”.

Assim, transferiu-se do artigo 22 para o artigo 173, ambos da CF, a previsão constitucional sobre a elaboração de Lei que regulamentaria as licitações e contratos das empresas públicas e das sociedades de economia mista, restringindo a incidência daquele artigo somente no que se referir aos princípios constitucionais.

Logo, a Lei 13.303/2016 é uma lei própria sobre licitações e contratos administrativos (MAFFINI, 2016), não sendo caso de aplicação subsidiária ou mesmo supletiva da Lei 8.666/93.

Por derradeiro, oportuno frisar que, mesmo com as exposições aqui trazidas sobre a separação entre os regimes de contratação dispostos nas leis 8.666/93 e na Lei 13.303/2016, é na aplicação diária do direito pela jurisprudência que irá se construir a efetiva separação. Assim, é necessário o cuidado para que sejam aplicadas e interpretadas os diplomas legais de forma autônoma.

### **3.2.2.2. A mitigação das cláusulas exorbitantes.**

Ao seu turno, a restrição de aplicação às estatais as normas previstas na Lei 13.303/2016 traz reflexos sobre as cláusulas exorbitantes, viga mestra dos contratos administrativos. Com efeito, compulsando a Lei das Estatais é salutar que não há mais um capítulo específico para as supracitadas cláusulas, conforme ocorre na Lei Geral de Licitações e Contratos.

Vê-se que subsistem algumas cláusulas exorbitantes, como é o caso daquelas que preveem a possibilidade de a administração impor sanções, conforme expresso no artigo 82 da Lei 13.303/2016. Contudo, mesmo essas, foram enfraquecidas (MAFFINI, 2016).

Com efeito, a parte mais sensível é relacionada com as cláusulas de alteração unilateral dos contratos, as quais, não bastasse não estarem previstas, são proibidas pela Lei das Estatais. Explica-se.

As possibilidades de alteração qualitativas e quantitativas foram mantidas na Lei que disciplina o regime jurídico das estatais. É a redação do artigo 81:

*“(...) Os contratos celebrados nos regimes previstos nos incisos I a V do art. 43 contarão com cláusula que estabeleça a possibilidade de alteração, **por acordo entre as partes**, nos seguintes casos: (...)”.* **grifo**

Como se depreende da leitura do diploma legal, há a previsão de alteração dos contratos, contudo, somente por acordo entre as partes. Logo, não se trata de uma possibilidade, mas sim de uma vedação a alteração unilateral.

Como longamente exposto no capítulo anterior, (BANDEIRA DE MELLO, 2012) somente as cláusulas que prevejam a alteração unilateral do contrato podem ser tidas por derogatórias do direito privado. Isso pois as cláusulas de alteração bilateral são cláusulas que em nada extrapolam a vontade das partes ou o direito administrativo.

Assim, resta afastada da Lei 13.303/2016 a aplicação daquela que é uma das principais características dos contratos administrativos, uma vez que é a alteração unilateral dos contratos a cláusula que mais trazia instabilidade para os negócios jurídicos da Administração Pública.

### **3.2.3. Pelas suas cláusulas.**

Aqui se faz necessário breve comentário sobre metodologia hermenêutica desenvolvida pelo jurista austríaco Hans Kelsen<sup>40</sup>, a qual será utilizada como ferramenta para interpretação da norma jurídica. Efetivamente, tal escolha implica na adoção da concepção do autor da teoria *monista* do direito, com a consequente implementação de sua hierarquização das normas. Sobre o tema, define o autor:

“(...) A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior (...)” (KELSEN, 2009)

Nesse passo, é na norma superior que encontramos o elemento de validade da norma inferior, sendo este vínculo estabelecido pelo conteúdo da norma.

Com efeito, a *Teoria Pura do Direito* do autor austríaco não é nenhuma novidade no âmbito jurídico.

A supracitada ressalva se faz necessária para delinear que será com base no disposto na Lei 13.303/2016 que as empresas estatais terão que formular o seu regulamento. Diga-se, houve uma transferência significativa de matérias a serem tratadas pelo regulamento próprio das entidades regidas pela supracitada Lei, incluindo-se matérias relacionadas com o procedimento de contratação.

---

40 Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2009. 8ªed.

A Lei 8.666/93 disciplina nas seções II e III o que passou a ser tratado diretamente pelas estatais através do seu regulamento. A saber, dispõe o artigo 40 da Lei 13.303/2016:

“(…) Art. 40. As empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão publicar e manter atualizado regulamento interno de licitações e contratos, compatível com o disposto nesta Lei, especialmente quanto a:  
(…)  
III – minutas-padrão de editais e contratos;  
**IV – procedimentos de licitação e contratação direta;**  
VI – formalização de contratos;  
VII – gestão e fiscalização de contratos;  
VIII – aplicação de penalidades; (…)”.

Nesse passo, importante parte do processo de contratação passou a ser disciplinado pelo regulamento interno, sendo somente limitado pela supervisão externa no que concerne ao descumprimento das diretrizes e os preceitos trazidos pela Lei que autorizou a fundação da empresa ou o que disciplina a Lei 13.303/2016.

Desse modo, buscou-se dar maior autonomia gerencial às empresas estatais, as quais passam a ter a possibilidade de adequação dos modelos de contratação conforme as exigências dos mercados de atuação.

Assim, em certa medida, é substituída a discricionariedade da administração quando da decisão sobre a incidência de cláusulas derogatórias do direito privado em prol de uma maior vinculação às necessidades práticas das empresas regidas pela Lei 13.303/2016.

## IV. CONCLUSÃO

O presente Trabalho de Conclusão do Curso procurou abordar, mesmo que de forma sucinta, alguns dos principais temas que cercam a aplicação dos contratos da Administração Pública no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo os contratos administrativos. Com efeito, trata-se de instituto jurídico cuja indefinição cerca não só a legislação, como também a doutrina, uma vez que não é uníssona a sua aceitação como espécie de contrato administrativo.

A própria legitimação da aplicação dos contratos administrativos remete a conceitos de baixa densidade jurídica, sendo sintomática a adoção da consecução direta do interesse público como fator determinante para a sua adoção como modalidade contratual adequada ao negócio jurídico celebrado.

Ademais, as bases do contrato administrativo estão assentadas na Lei 8.666/93, a qual, como visto, possui um caráter eminentemente publicista, ao ponto de ser facultada a aplicação das cláusulas exorbitantes aos contratos de direito privado celebrados pela Administração Pública.

O presente trabalho não procura encerrar a discussão acerca da existência ou não dos contratos administrativos, mas sim utiliza tal debate como plano de fundo para ilustrar a intensa *instabilização* (BANDEIRA DE MELLO, 2012) que o regime jurídico disposto na Lei 8.666/93 causa aos negócios jurídicos e a sua aparente incompatibilidade com as necessidades das empresas estatais.

Com efeito, esse cenário descrito parece estar em desacordo com os rumos recentes que o direito administrativo tem tomado mundialmente. Em um direito administrativo que se reinventa na busca de saídas de um Estado saturado e que a falta de recursos é a realidade, uma dos instrumentos que mais tem ocupado espaço de relevância para viabilizar a governança é o desenvolvimento da atividade empresária pelo Estado. Os administrativistas buscam oxigenar o ramo do direito, sendo a crescente participação privada na administração pública responsável por realçar a necessidade de discussão acerca da necessidade de implementação de um regime próprio para a contratação pública que objetive a consecução direta do interesse público.

Não imune a esses reflexos, temos a atuação das estatais, as quais têm sido utilizadas como meio de desafogo de um Estado que necessita buscar novas saídas. O nosso direito administrativo por muito tem adotado uma postura de “autarquização das empresas estatais”, (PINTO, 2013) concedendo-lhes regimes diferenciados. É sintomático que a legislação aplicada até a edição da Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais) era a Lei Geral de Licitações e contratos (Lei 8.666/93). Trata-se de Lei, como visto, altamente publicista, a qual é regida pelas normas e preceitos do direito público, sendo aplicado o direito privado somente de forma supletiva.

Contudo, a Lei das Estatais parece romper com o modelo de negócio jurídico disposto na Lei Geral de Licitações, ao passo propõe um regime jurídico próprio, no qual é central a aplicação direta do direito privado. Nesse sentido parece ir a Lei 13.303/2016, a qual dá novas cores ao conceito ultrapassado de Estado autoritário e centralizador que é gradativamente substituído por um modelo de cooperação.

A Lei das Estatais procura adotar um novo regime para as contratações das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, dando maior poder gerencial para tratar de matérias relacionadas com o processo de licitação e contratação, como o objetivo de melhor adaptação do modelo contratual às necessidades práticas da atividade desenvolvida.

Assim, mudaram-se as bases da formação dos contratos firmados pela administração. Parece ser o intuito do legislador mitigar, ao máximo, a aplicação dos preceitos do direito público aos contratos celebrados pela Administração Pública quando do desempenho da atividade empresária. Nesse sentido, o artigo 68 da Lei 13.303/2016 traz claros sinais de abandono das premissas que legitimavam a aplicação dos contratos administrativos.

Não obstante a manutenção de algumas prerrogativas da administração, como ocorre com a manutenção de regras sobre direito penal, a Lei 13.303/2016 promove uma ruptura com o modelo previsto na Lei 8.666/93, estabelecendo novas diretrizes para a contratação pública.

Assim, a compreensão mais correta parece ser a de que, de fato, apesar de subsistirem certas premissas administrativas (as quais sempre estarão presentes nas atividades estatais), o regime jurídico trazido pela Lei 13.303/2016 é incompatível com a aplicação dos contratos administrativos.

Com efeito, a análise do regime jurídico proposto pela Lei 13.303/2016 nos remete à conclusão de que, o regime jurídico previsto na supracitada Lei é incompatível com a conceituação clássica de contratos administrativos. Outrossim, não é criada nova espécie contratual, uma vez que os movimentos do legislador aproximam o regime contratual à definição já existente, a saber, os típicos contratos da Administração Pública.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Empresas Estatais – 2º edição. Forense – Rio de Janeiro RJ – 2018

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo – 29ª edição. Malheiros – São Paulo – 2012

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo – 33º edição. Atlas – Rio de Janeiro RJ – 2019

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – Curso de Direito Administrativo – 32º edição. Forense – Rio de Janeiro RJ – 2019

JUSTEN FILHO, Marçal - Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos – 18º ed. Revista dos Tribunais – São Paulo – 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito Administrativo. 12 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LEITE, Eduardo de Oliveira. A monografia jurídica – 3º edição. Revista dos Tribunais

MAFFINI, Rafael da Cás. Elementos de direito administrativo – Livraria do advogado. - Porto Alegre RS – 2016

MEIRELLES, Hely Lopes – Direito Administrativo Brasileiro – 38ª edição. Malheiros - São Paulo SP – 2012

MEIRELLES, Hely Lopes – Licitações e Contrato Administrativo – 13º edição. Malheiros – São Paulo SP – 2002

MOTTA PINTO, Henrique; PINTO JUNIOR, Mario Engler. Empresas Estatais. Saraiva. São Paulo SP. 2013

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; et al. Comentário à Lei das empresas estatais: Lei nº 13.303/2016 – Fórum, Belo Horizonte MG – 2018

### **Artigos**

DELGADO, José Augusto, Contrato de Direito Administrativo. Artigo publicado na Revista dos Tribunais. Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo. Volume 4. p. 695/711. 2012

FRAZÃO, Ana. A função social das empresas estatais. Artigo publicado no portal de notícias JOTA em 19/04/2017. DOI  
Acesso em 02 de novembro de 2019

FILHO, Ubirajara Costódio. Primeiras Questões sobre a Lei 13.303/2016: o Estatuto jurídico das empresas estatais. Artigo publicado na Revista dos Tribunais online. Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo. 2016

GIACOMUZZI, José Guilherme. Uma breve genealogia sobre o interesse público. Artigo publicado em 2017 pela Editora Malheiros em coletânea em homenagem a Hely Lopes Meirelles.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Uma releitura do poder de modificação unilateral dos contratos administrativos nas concessões de serviços públicos. Artigo publicado na Revistas dos Tribunais. Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo. 2016

LOPES, Mônica Sette. Contrato Administrativo. Artigo publicado na Revista dos Tribunais online. Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo. Volume 4. p. 811/829. 2012

MAFFINI, Rafael da Cás; HEINEN, Juliano. Análise acerca da aplicação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (na redação dada pela Lei nº 13.655/2018) no que concerne à interpretação de normas de direito público: operações interpretativas e princípios gerais de direito administrativo. Artigo publicado na Revista de Direito Administrativo. V. 227 P. 247/278. Rio de Janeiro, 2018.

NESTER, Alexandre Wagner. “Inaplicabilidade de licitação nas empresas estatais”. Artigo publicado no portal JOTA. 2017. Acesso em 02 de novembro de 2019

SCHILL, Stephan W. Abordagem jurídicas transnacionais sobre direito administrativo: a conceituação dos contratos públicos na globalização. Artigo publicado na Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 268, p. 13/53. 2015

PESTANA, Márcio, A exorbitância nos contratos administrativos. Artigo publicado na revista dos Tribunais Online. Revista de Direito administrativo. Vol. 1/2017/ p. 141/161. 2017

BRASIL, Constituição da República Federativa do: Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em 02 de novembro de 2019.

BRASIL, LEI 13.303/2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm)> Acesso em 02 de novembro de 2019.

BRASIL, LEI 8.666/93. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm)> Acesso em 02 de novembro de 2019.

BRASIL, LEI 4657/1942. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)> Acesso em  
02 de novembro de 2019.