

Teoria geral do contrato aplicada aos contratos administrativos: ensaio sobre a *função pública* e a *autonomia privada* na Lei nº 14.133/21

Alexandre de Mello Guerra¹

Juiz de Direito no estado de São Paulo

Marcelo Benacchio²

Juiz de Direito no estado de São Paulo

O contrato [...] torna-se um instrumento de cooperação entre as pessoas, que, no âmbito do sinalagma e da comutatividade, há que preservar a igualdade dos sacrifícios, que, se não decorrer da colaboração conjunta dos que participam da avença, será por força da lei que busca a concretização dos princípios fundamentais.

Renan Lotufo.

O contrato é a veste jurídico-formal de operações econômicas.

Enzo Roppo.

¹ Mestre e Doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Estágio pós-doutoral em curso na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Pós-graduado em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura. Coordenador Regional e Professor da Escola Paulista da Magistratura e Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito de Sorocaba, instituição na qual exerce a função de Conselheiro. Professor convidado nos cursos de pós-graduação da EPM e PUC-SP (COGEAE). Membro fundador do Instituto de Direito Privado, do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil e do Instituto Brasileiro de Direito Contratual. Associado ao Instituto de Direito Administrativo Sancionador.

² Mestre e Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor do Mestrado e Doutorado em Direito pela UNINOVE/SP. Professor Titular de Direito Civil na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.

Sumário: Introdução. 1. Evolução e perfil contemporâneo da teoria geral do contrato. 2. Aplicação da teoria geral do contrato aos contratos administrativos. 3. Autonomia privada vs. função pública no ambiente dos contatos administrativos. Proposições conclusivas. Bibliografia.

Introdução

O ensaio que ora vem a público tem como gênese um artigo feito há dez anos, no já distante ano de 2012³. Naquele momento, sob as luzes da então vigente Lei de licitações (Lei nº 8.666/93), o nosso propósito foi examinar em que medida os princípios que regem a teoria geral do contrato (de Direito Privado) poderiam incidir sobre o regime jurídico de Direito Administrativo. Dez anos depois, muita coisa mudou, nos contratos, nos juristas e no Brasil. A Lei nº 8.666/93 cedeu vigência, em larga medida, à nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.

Em 2021, sobreveio um novo sistema legal de contratações públicas, iluminado por racionalidade diversa daquela que inspirava a revogada lei. A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (doravante denominada apenas NLLCA) busca realizar, à partida, a eficiência e a celeridade nas contratações públicas. Tem em mira um ambiente eletrônico de relações jurídicas, muito diverso daquele que se via no início da década de 1990.

Remanesce, contudo, a mesma questão fundamental: *A NLLCA (Lei nº 14.133/21) admite os influxos da Teoria geral do contrato? O conceito de função pública (pedra angular do Direito Administrativo) repele, em toda medida, o conceito de autonomia privada (pedra angular do Direito Privado)?*

É o desafio que nos propusemos a enfrentar. Em primeiro lugar, será examinada a evolução e o perfil contemporâneo da Teoria geral do contrato. Na sequência, nossa atenção será voltada à aplicação da Teoria geral do contrato aos contratos administrativos. A seguir, o foco da investigação será a possibilidade de diálogo entre a *autonomia privada* (núcleo do Direito fundamental da liberdade nas relações de Direito Privado) e *função*

³ GUERRA, Alexandre; Benacchio, Marcelo. Teoria geral dos contratos aplicada aos contratos administrativos. In: MARINELA, Fernanda; BOLZAN, Fabrício (org.). *Leituras complementares de Direito Administrativo*. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 17-44.

pública (espinha dorsal do regime jurídico de Direito Administrativo). Por fim, o interesse será apreciar os contornos da boa-fé, lealdade, tutela da confiança e vedação ao exercício disfuncional de posições jurídicas nos contratos administrativos.

1. Evolução e contornos atuais da teoria geral do contrato

Houve uma Teoria geral do contrato no Direito Romano? Essa indagação inicial nos levaria a um infindável número de questões, o que desbordaria os lindes da investigação proposta. Para os fins aos quais se destina este estudo, é possível afirmar que os romanos, como regra, não se preocuparam em estruturar, em termos dogmático-científicos, uma Teoria geral do contrato. Os ideais de cientificidade e sistematização não eram aspirações centrais em Roma. Os romanos eram pragmáticos e, como tais, eram voltados a encontrar soluções adequadas para os conflitos da vida que a realidade lhes apresentava. *Ex facto oritur jus*, diziam eles, revelando sua preocupação maior com a centralidade dos fatos⁴.

Na Idade Média, houve a evolução do conceito científico do contrato, com forte influência do Cristianismo. A compreensão atual do contrato somente veio a surgir por influência do pensamento liberal, que marcou a Revolução Americana (1776) e a Revolução Francesa (1789). A partir delas, passa a reinar o ideário de liberdade, servindo a vontade como fundamento ético e racional do contrato e da vida em sociedade.

A compreensão *libertária* (*voluntarista*) do contrato foi claramente incluída no Código Civil francês de 1804 (art. 1.101)⁵, atribuindo-lhe força *de lei*⁶. Essa visão foi transferida para os Códigos Civis ocidentais (a exemplo do Código Civil do Brasil de 1.916). O perfil individualista do contrato se amoldara, ideologicamente, ao próprio capitalismo em expansão, assim permitindo a organização jurídica de uma futura produção em escala, pela formulação dos vários contratos. A propriedade e o contrato redundam

⁴ A despeito de realmente haver alguns contratos típicos em Roma (compra e venda, locação, sociedade etc.), o próprio termo *contratus* abarcava espécies nas quais a vinculação jurídica obrigacional não decorria da manifestação convergente de vontades (em oposição ao conceito moderno de contrato, que tem no elemento *consenso* o seu núcleo caracterizador).

⁵ *Code Napoléon*, art. 1.101. “*Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations*”.

⁶ *Code Napoléon*, art. 1.103. “*Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits*”.

na possibilidade da concentração de riqueza pela burguesia em ascensão, traço essencial ao modelo capitalista.

Nos Códigos Civis oitocentistas, o contrato conhece seu apogeu científico. De tão relevante e expressivo que foi, tornou-se um conceito jurídico apto para justificar inúmeros outros institutos além das suas fronteiras originais. O próprio Estado, por exemplo, passa a ser um ente abstrato que se baseia na estrutura de um *contrato social*⁷. As relações internacionais passam a ser ordenadas a partir de *tratados*. No Direito privado, o casamento, antes sacro, passa a ser visto como um *acordo de vontades*⁸. Tudo, então, passa a permitir que se identifique a hipertrofia do contrato como um ente fundamental para o arranjo/organização da vida em sociedade, afastando-se do cariz preso somente ao Direito privado. No século XIX, sobrevém a teoria voluntarista do contrato, que se funda na igualdade e liberdade dos contratantes; na separação entre o Direito Público e Privado e na imutabilidade/obrigatoriedade do cumprimento do contrato (*pacta sunt servanda*).

No final do século XIX, especialmente a partir dos movimentos de trabalhadores, das novas tecnologias, e, na primeira metade do século XX, das duas grandes guerras mundiais, foi preciso (re)compreender o papel da liberdade. Percebeu-se o que não mais poderia ser negado: “entre os fortes e fracos, entre ricos e pobres, entre senhor e servo é a liberdade que oprime e a lei que liberta”, nas palavras de Henri Dominique Lacordaire. A liberdade passa a dever ser entendida sob novos limites conformados pelo próprio ordenamento jurídico. Com acerto, o Estado Social, deliberadamente, passa a interferir nas relações contratuais,

⁷ GARCIA, Maria. *Limites da Ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. “Conhecem-se várias teorias a respeito da formação da sociedade humana, principalmente três, a partir do século XVII, fundadas num tipo de pacto, acordo ou contrato: o primeiro – sinaliza Arendt (*Crises da República*. São Paulo: Perspectiva, 1973, p. 77 ss.) – o exemplo do convênio bíblico, celebrado entre um povo e seu Deus, pelo qual o povo consentia em obedecer a quaisquer leis relevadas pela divindade todo-poderosa; em segundo lugar, a concepção de Hobbes, segundo a qual todo indivíduo celebra um acordo com a autoridade estritamente secular, para garantir segurança, renunciando aos seus direitos e poderes. ‘Chamo isto de versão vertical do contrato social.’ Em terceiro lugar, o contrato aborígene de Locke – ‘entendendo-se a palavra no sentido latino de *societas*, uma aliança entre todos os indivíduos membros que depois de estarem mutuamente comprometidos fazem um contrato de governo. Eu chamo isto de versão horizontal do contrato social’ [...]” (SERES, Michel. *O contrato natural*. Lisboa: Instituto Piaget, 1994, p. 60 ss.). refere o contrato social que teríamos, ‘pelo menos virtualmente, estabelecido entre nós para entrar no colectivo que nos transformou o homem que somos’, formando a sociedade [...]”. (*Op. cit.*, p. 72-73)

⁸ ALMEIDA COSTA, Mario Julio de. *Direito das obrigações*. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 182-183.

garantindo a paridade entre os contratantes e o equilíbrio das relações por eles contraídas⁹.

No século XX, por força do influxo de valores sociais e da aplicação imediata dos Direitos fundamentais às relações de Direito privado (inclusive nas relações de ordem contratual), sofreram intensa remodelação os princípios tradicionais do Direito contratual (liberdade contratual; relatividade das convenções – *rebus sic stantibus*; e força obrigatória – *pacta sunt servanda*). Outros princípios a eles se uniram: *justiça contratual*; *boa-fé contratual*; *função social do contrato*; *equilíbrio contratual* e *autonomia privada*. Outros, ainda, poderiam ser apontados. Passa-se à compreensão constitucional do contrato como a corporificação do Direito fundamental de liberdade no plano negocial (direito/poder de autodeterminação patrimonial/existencial), como assegura, dentre outras passagens, o *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

O propósito deste ensaio não passa pelo detalhado exame de cada um dos princípios do Direito contratual, tradicionais ou contemporâneos. O que se pretende registrar é a mudança de rumo da teoria do contrato no século XX: deixou de ser *coisa* das partes e passou a ser *coisa* das partes *e da sociedade*. Houve nova regulação/conformação da liberdade dos particulares na consecução das finalidades jurídico-sociais almejadas nos contratos.

O mais expressivo ponto da evolução do contrato na contemporaneidade é a assunção da *função social*, assim expressamente afirmada no Código Civil de 2002¹⁰. A função social do contrato condiciona o exercício

⁹ Parte da doutrina refere que esse quadro de intervenção estatal nos arranjos privados gerou a primeira crise do instituto, nominada de declínio do contrato ou crise do contrato. Mais tarde, aliás, chegou-se a dizer que o contrato morreu. Todavia, o contrato jamais não morreu (GILMORE, Grant. La morte del contrato. Trad. de Andrea Fusaro. Milano: Giuffrè, 1999). O que houve foi a modificação dos paradigmas que antes reinavam, passando a incluir valores sociais nas contratações. Tal perspectiva permitiu considerar os interesses da comunidade em comunhão com o interesse particular dos contratantes. Não apenas para atender a interesses particulares, passa-se a afirmar que o contrato traz em si também o dever de realização do interesse social. Foi a chamada *compreensão social do contrato*.

¹⁰ Nos termos do art. 421 do Código Civil, “[...] a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato [...]”. De fato, o contrato tem também sofrido a influência de tensões sociais e políticas, rendendo ensejo a regras que procuram densificar sua interpretação, como aquelas extraídas da Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/19). Nos termos do parágrafo único do art. 421 em foco, “[...] nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual [...]”. O mencionado diploma altera a regra em tela, incluindo, no Código Civil, o art. 421-A, que merece registro, não apenas por dever ser observado nas relações de Direito Privado, como também por poder iluminar o ideário de segurança jurídica nos contratos de Direito Administrativo: “Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até

da autonomia privada, que deve ser manifestada em conformidade com os interesses da sociedade (isto é, deve o contrato realizar uma função social)¹¹. É uma *cláusula geral*, isto é, um conceito jurídico-normativo indeterminado em seu conteúdo, no qual o legislador afirma uma moldura (conceito aberto, indeterminado e abstrato) e confia no posterior preenchimento de conteúdo pelo intérprete, caso a caso, a partir dos valores fundamentais adotados pela sociedade e pelo Direito, em um determinado contexto histórico-temporal.

É importante acentuar que a última década do século XX assistiu à ruína dos Estados socialistas e o declínio do Estado de bem-estar social (*Welfare State*). O fenômeno da globalização da economia (dos mercados), guiado pelo fio condutor do *neoliberalismo* (ideologia dominante), exigiu menor regulação *heterônoma* dos contratos. Tal situação fez gerar o que parte da doutrina denomina *a nova crise do contrato*¹²: a nova crise do contrato é a crise do próprio modelo social do contrato.

O contrato é a veste jurídico-formal das operações econômicas, ensina Enzo Roppo¹³. É a pedra angular do modelo econômico hoje *vencedor*: o *capitalismo*. O contrato se presta a reger a circulação de riqueza no mercado nacional e internacional. E o mercado, em escala mundial, é composto por vários Estados – e por distintas ordens jurídicas a eles correspondentes. Já se disse que o mercado é maior que os Estados (e as respectivas soberanias), segundo Francesco Galgano¹⁴. O contrato passa a ocupar o lugar da própria lei, operacionalizando a produção/distribuição

a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução (inc. I); a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada (inc. II) e a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada (III). Permanece íntegra, convém acentuar, o dever de lealdade que se deve exigir dos contratantes, no art. 422: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

¹¹ A esse respeito, v. GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

¹² *A nova crise do contrato* é sucessora da crise social ocorrida no século XX. Sobre essa nomenclatura e seus desdobramentos, consulte-se: JAMIN, Christophe. *Quelle nouvelle crise du contrat? Quelques mots en grise d' introduction*. In: *La nouvelle crise du contrat*. Dir. por Christophe Jamin e Denis Mazeaud, Paris: Dalloz, 2003.

¹³ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

¹⁴ GALGANO, Francesco. *La globalizzazione nello specchio del diritto*. Bologna: Il Mulino, 2005, p. 93-99.

de bens/serviços no processo de escoamento contínuo de produção das grandes corporações no mercado global¹⁵.

A chamada *Nova crise do contrato* exige que ele seja conformado por normas de aplicabilidade universal, em razão da globalização e dos valores neoliberais. No entanto, como ocorrera no liberalismo, o neoliberalismo, em certa medida, põe novamente em confronto os Direitos sociais, que passam a ser vistos – por flagrante erro – como um *custo* (externalidade) que deve ser eliminada ou reduzida. Nada mais deletério ao Direito e à ordem social.

Como resistência à forte pressão econômica exercida sobre o contrato, o desafio dos juristas é o resgate do humanismo. No século XXI, a dignidade da pessoa humana passa a ser expressamente considerada como um valor central, cuja mais ampla realização pelos intérpretes é a meta a ser conquistada pela humanidade, como tem sido anunciado por toda parte¹⁶. Não sem razão, o art. 1º da Carta Constitucional de 1988 eleva a dignidade da pessoa humana a um Princípio Fundamental da República Federativa do Brasil, ao lado da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e do pluralismo político.

Criticando o modelo que o neoliberalismo procura impor à sociedade, Eros Roberto Grau¹⁷ acentua que há uma “[...] marcante contradição entre o neoliberalismo – que exclui, marginaliza – e a Democracia, que supõe o acesso a um número cada vez maior de cidadãos aos bens sociais [...]” (GRAU, 2002, p. 57). Nas suas palavras, “[...] a racionalidade econômica do neoliberalismo já elegeu seu principal inimigo: o *Estado Democrático de Direito*.” (GRAU, 2002, p. 57).

Antônio José Avelãs Nunes, por sua vez, sustenta a necessidade de compatibilização entre o progresso científico-econômico e a condição humana.

¹⁵ Essa nova visão faz com que o fundamento da teoria contratual seja buscado no próprio mercado (enquanto ambiente em que se operam as trocas econômicas). Toda a construção passa a voltar-se à eficiência econômica e à livre circulação de bens/serviços. *Quaisquer pensamentos limitativos para o mercado passam a ser considerados modelos ideologicamente ruins*. Testemunha-se a tentativa de troca da ética pelo utilitarismo. A racionalidade econômica, com aprovação científica da Análise Econômica do Direito, passa a ser o escopo final do contrato. Nada mais nocivo ao Humanismo.

¹⁶ De acordo com Maria Garcia, “[...] na Constituição brasileira [...] a dignidade da pessoa humana figura entre os princípios fundamentais que estruturam o Estado como tal, portanto, inserindo-se entre os valores superiores que fundamentam o Estado, a dignidade da pessoa representará o crivo pelo qual serão interpretados não somente os direitos fundamentais, mas, ao nosso ver, todo o ordenamento jurídico brasileiro, nas suas variadas incidências e considerações [...]” (*Op. cit.*, p. 207).

¹⁷ *A ordem econômica na constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 57.

*A vida mostra que o homem não deixou de ser o lobo do homem, mas temos razões para acreditar que podemos viver num mundo de cooperação e de solidariedade, num mundo capaz de responder satisfatoriamente às necessidades fundamentais de todos os habitantes do planeta*¹⁸.

Diante do exposto, é fácil perceber que o elemento de ponderação à *Nova crise do contrato* é o dever de aplicação dos Direitos Humanos às relações contratuais, entendidos os Direitos Humanos como o conjunto de direitos essenciais da pessoa humana e de sua dignidade¹⁹. O Humanismo que marca tal salutar tendência, no Brasil, se revela, na linha do Direito alemão, também pela aplicação direta dos Direitos fundamentais às relações privadas (a denominada *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*)²⁰. É preciso encontrar equilíbrio entre os valores do ser humano e a racionalidade econômica do capitalismo.

Nesse caminhar, a teoria geral do contrato, na segunda década do século XXI, em decorrência das novas questões socioeconômicas, se abre às questões constitucionais como forma de compatibilizar/harmonizar os valores em confronto. Essa necessidade comprova o acerto de Gustavo Zabrebelsky²¹, que afirma a dogmática *fluida* (ou dogmática *líquida*) do Direito Constitucional. Tal característica permite o convívio entre elementos heterogêneos e evita a destruição/exclusão dos indivíduos pela promoção, compatibilização e coexistência da pluralidade dos interesses sociais. Somente a pluralidade de valores e princípios constitucionais deve ser considerada como conteúdo *sólido*.

Essa sucinta exposição inicial evidencia um movimento de nova estruturação da teoria geral do contrato, partindo de uma concepção liberal-individual para uma concepção social. O escopo da teoria contratual, nesse cenário, encerra a ordenação sociojurídica da circulação de riqueza. E por força das novas questões decorrentes da Globalização e do Neoliberalismo, o valor da Dignidade da pessoa humana serve como fio

¹⁸ *Neoliberalismo & direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 122.

¹⁹ SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; e ROCASOLANO, Maria Mendez. *Os direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 203.

²⁰ Nesse sentido, ver: SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

²¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Torino: Einaudi, 2010, p. 15-17.

condutor à realização dos Direitos humanos/direitos fundamentais também nas relações contratuais, seja de Direito Privado, seja de Direito Público.

2. Aplicação da teoria geral do contrato aos contratos administrativos

O que são contratos da Administração? Esse é o ponto de partida. Segundo Maria Sylvania Zanella di Pietro²², *contratos da Administração* é uma expressão ampla. É um gênero que se utiliza para abranger todos os contratos firmados pela Administração Pública, quer sob regime de Direito Público, quer sob o de Direito Privado. Duas são as espécies de contratos celebrados pela Administração Pública. Os primeiros são os *contratos administrativos* propriamente ditos. Os segundos são os *contratos jurídico-privados da Administração Pública*. Os primeiros seguem um regime jurídico *preponderantemente* de Direito público. Os segundos observam *preponderantemente* (não exclusivamente) um regime jurídico de Direito Privado²³.

As duas espécies de contratos da administração têm finalidade pública, em medidas distintas, e são sujeitas ao mesmo regime jurídico público de contratação. As suas diferenças se situam no campo das prerrogativas da Administração Pública: as *cláusulas exorbitantes*²⁴, por exemplo,

²² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*, cit., p. 215. Ainda: “Costuma-se dizer que, nos contratos de direito privado, a Administração se nivela ao particular, caracterizando-se a relação jurídica pelo traço de *horizontalidade* e que, nos contratos administrativos, a Administração age como poder público, com todo seu poder de império sobre o particular, caracterizando-se a relação jurídica pelo traço da *verticalidade*” (*op. cit.*, p. 215).

²³ VERNALHA GUIMARÃES, Fernando. *Alteração unilateral do contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 41.

²⁴ Sobre as cláusulas exorbitantes, ver: CRETELLA JUNIOR, J. As cláusulas de privilégio nos contratos administrativos. Brasília: *R. Inf. Leg. A.* 23, n. 89, jan/mar 1986, p. 303-322. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181681/000421288.pdf?sequence=3&isAllowed=y>; PESTANA, M. A exorbitância nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura* | RDAl, São Paulo: Thomson Reuters | Livraria RT, v. 1, n. 1, p. 141–162, 2021. DOI: 10.48143/rdai/01.mp. Disponível em: <https://www.rdai.com.br/index.php/rdai/article/view/49>. Acesso em: 20 nov. 2022; ARRUDA CÂMARA, J.; PERESI DE SOUZA, A. P. Existem cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos?. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 279, n. 2, p. 185–208, 2020.

Sobre o fato do príncipe e fato da administração, ver: CRETELLA JÚNIOR, J. Teoria do “fato do príncipe”. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 75, p. 23–30, 1964. DOI: 10.12660/rda.v75.1964.25735. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/25735>. Acesso em: 20 nov. 2022; GASIOLA, G. G. Fato da Administração: uma revisão bibliográfica. *Revista Digital de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 4, n. 2, p. 39-68, 2017. DOI: 10.11606/issn.2319-0558.v4i2p39-68. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/131769>. Acesso em: 20 nov. 2022; MOTTA, T. de L.; CLEMENTINO, M. B. M. O fato da administração e a revisão dos contratos administrativos a partir da

em princípio, somente podem estar presentes nos contratos administrativos. Como se demonstrará, é preciso questionar tais prerrogativas da Administração Pública. Nos contratos administrativos, ainda, há um interesse público geral direto/imediato. Nos segundos, o interesse público, segundo a doutrina tradicional, tem um mediato (indireto), dado o regime jurídico de Direito preponderantemente privado que os iluminam. A concessão de serviço público é um exemplo de contrato administrativo²⁵. O contrato de seguro de veículos oficiais e a locação de imóvel destinado à instalação de repartição pública são contratos de Direito privado com Administração Pública, exemplifica a autora²⁶.

Celso Antônio Bandeira de Mello²⁷ diferencia *contratos de direito privado da Administração Pública e contratos administrativos*. Não é aplicável o vocábulo *contratos administrativos* ao se partir das prerrogativas neles existentes em favor da Administração Pública. Com efeito, diz, a assimetria de poderes entre as partes (particular e Poder Público) opera tão intensamente em algumas relações que se subverte a própria noção de *contrato*. “A qualificação *administrativo* aposta à palavra *contrato* parece, no caso, ter o condão de modificar o próprio substantivo”²⁸.

violação da boa-fé objetiva. *Direito Público*, [S. l.], v. 15, n. 85, 2019. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2973>. Acesso em: 20 nov. 2022; TENÓRIO, F. G. A anomalia do fato administrativo. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, RJ, v. 23, n. 2, p. 5-8, 1989. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/9129>. Acesso em: 20 nov. 2022.

²⁵ *Op. cit.*, p. 258.

²⁶ Segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro, há pelo menos três correntes que tratam a conformação dos contratos administrativos. Para a primeira corrente, é peremptoriamente negada a existência de contratos administrativos. Para a segunda, todos os contratos celebrados pela Administração Pública devem ser sempre considerados administrativos. Para outros, os contratos administrativos devem ser aceitos como espécies do gênero contrato, mas sempre sob um regime jurídico de Direito Público derogatório e exorbitante do direito comum (*Op. cit.*, p. 251).

²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 622.

²⁸ O Poder Público, em virtude das suas funções, tem sempre a disponibilidade sobre o serviço público em relação à fruição dos bens públicos nele envolvidos. Sucede que isso não ocorre em contratos firmados entre os particulares. Segundo o autor, portanto, os poderes conferidos nos contratos administrativos nada têm de poderes contratuais: “[...] são poderes relativos à prática de atos unilaterais, inerentes sobre as competências públicas incidentes sobre aqueles objetos. [...] Tais poderes de instabilização descendem diretamente das regras de competência administrativa sobre os serviços públicos e o uso de bens públicos. E são competências inderrogáveis pela vontade das partes, insusceptíveis de transação e, pois, de contratos. [...] Tais circunstâncias deveriam ser suficientes para evidenciar que as relações jurídicas constituídas entre o poder público e o particular sob a égide do regime em apreço apresentam radical disparidade em relação aos contratos. Daí a inconveniência de abrigar sob um único rótulo figuras jurídicas tão distintas e submissas a critérios e princípios completamente diversos.

A nosso ver, é possível aplicar, ainda que em caráter subsidiário, a teoria geral do contrato para todos os contratos da Administração, em diferentes graus, seja em contratos administrativos ou em contratos de Direito privado da Administração Pública. Aliás, no plano legislativo, a NLLCA permite essa incidência normativa: o art. 89 da nova lei, inaugurando o título que disciplina os *contratos administrativos*, no capítulo 1º, que versa sobre a *formalização dos contratos*, preceitua claramente que:

[...] os contratos de que trata esta Lei regular-se-ão pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, e a eles serão aplicados, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

A importância do estudo dos contratos administrativos sob as luzes da teoria geral do contrato é vital no atual regime legal. De fato, havia disposição normativa correspondente, em alguma medida, no art. 54 da revogada Lei nº 8.666/93, segundo a qual:

[...] 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.

Também a Lei de concessões e permissões de serviço público (Lei nº 8.666/93), no seu 54, estabelecia que:

[...] os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado²⁹.

Essa argumentação, entretanto, não sensibilizou nossa doutrina e jurisprudência.” (MELLO, Celso Antonio Bandeira de., 2010, p. 626).

²⁹ A esse respeito, cf.: FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. *Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Seja no anterior sistema de contratações públicas, seja no modelo normativo atual, a aplicação da teoria geral do contrato aos contratos administrativos sempre se fez possível pela raiz comum do Direito Público e do Direito Privado: *a teoria geral do negócio jurídico*.

Hely Lopes Meirelles³⁰ diz que não há lugar para se rejeitar a distinção entre contratos de Direito Privado e contratos administrativos. Se o contrato é um acordo de vontades firmado livremente pelas partes para criar obrigações e direitos recíprocos, os princípios gerais dos contratos devem incidir sobre os negócios privados (civis ou comerciais) e sobre os contratos públicos (dos quais são espécies os *contratos administrativos*, os *convênios*, os *consórcios executivos* e os *acordos internacionais*)³¹.

*A teoria geral do contrato é a mesma para todo o gênero contratual, mas as particularidades da espécie contrato administrativo são regidas por normas próprias de Direito Público e se sujeitam a princípios específicos da Administração. Em tal espécie contratual o Direito Privado é supletivo do Direito Público, mas nunca substitutivo ou derogatório das regras privativas da Administração*³².

De fato, os contratos administrativos se inserem no gênero contrato, ou, em maior abstração ainda, inserem-se os contratos administrativos no universo nos *negócios jurídicos*.

A relação entre os contratos administrativos e a teoria geral do contrato reside no fato de que todo negócio jurídico deve ser orientado por dois princípios. Primeiro, pelo princípio da vinculação aos termos contratuais (*lex inter partis*): o ajustado, como regra, torna-se imutável e deve ser respeitado. Segundo, pelo princípio da obrigatoriedade das convenções (ou da fiel observância do pactuado): *pacta sunt servanda*. O referido princípio, como se sabe, é hoje mitigado, mas funciona ainda

³⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

³¹ *Op. cit.*, p. 193. Como pontifica Celso Antônio Bandeira de Mello, “[...] os principais contratos administrativos seriam os de concessão de serviço público, o de obra pública, o de concessão de uso do domínio público a eles se acrescendo os contratos de fornecimento em geral e os de prestação de serviços – como indica Hely Lopes Meirelles.” (*Op. cit.*, p. 627).

³² *Op. cit.*, p. 194.

como cardeal garantidor do Direito fundamental à segurança jurídica: os contraentes devem fielmente cumprir o que avençaram e para o que reciprocamente se comprometeram.

É ampla a liberdade de contratar conferida pela ordem jurídica aos particulares (decorrência da autonomia privada negocial). Já em relação à Administração Pública, é preciso atentar aos conteúdos e às limitações formais à contratação e execução. O contrato administrativo deve atender ao *interesse público* a ser por ele realizado, mas sem negar os novos ventos que oxigenam a racionalidade contratual. Nas palavras de Ana Rita de Figueiredo Nery, “[...] o absolutismo, a imperatividade e assimetria cedem hoje cedem hoje à cooperação e ao consensualismo [...]”³³.

Os princípios da indisponibilidade do interesse público e da supremacia do interesse público sob o particular são as vigas estruturantes do regime jurídico de Direito Administrativo. Isso não afasta o dever de os agentes públicos se comportarem com lealdade, moderação, prudência etc. Não devem frustrar levemente as expectativas legítimas do particular ou a confiança que o particular deposita, razoável e justificadamente, na contratação. Se ultrapassar os limites impostos para o exercício dos direitos, a Administração Pública incorre em ilicitude axiológica por exercício disfuncional de posição jurídica, como tal merecedora de censura pela ordem jurídica.

A regra contida no art. 187 do Código Civil do Brasil deve ser aplicada a todos os sujeitos de direito no exercício de quaisquer situações jurídicas, dentre eles ao próprio Estado. A lei é suficientemente clara e a ninguém exclui: “[...] também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” (GUERRA, 2015)³⁴.

³³ NERY, Ana Rita de Figueiredo. *A causa do contrato administrativo: Análise do conteúdo contratual como parâmetro de aplicação do princípio da eficiência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 4. Partindo da ideia de crise dos paradigmas do Direito Administrativo, afirma: “[...] abre-se essa porta crítica ao princípio da supremacia do interesse público, que se enraizou a partir da premissa equivocada de que a pessoa humana existe para servir aos poderes públicos e à sociedade. Vê-se hoje que, em sentido diverso, cabe ao Estado buscar sua legitimidade como meio para proteção e promoção dos direitos humanos. [...] Na apreensão dos contratos administrativos, essa interface faz-se ainda mais provocativa, a uma pela crescente integração público-particular; a duas porque é na seara da consensualidade que se abre um campo fértil à incorporação de novos elementos teóricos e das técnicas de interpretação dos contratos, sem que isso vulnere o princípio da legalidade.” (Op. cit., p. 2-4).

³⁴ A respeito do abuso do direito perpetrado pelo Estado, ver: GUERRA, Alexandre D. de Mello. Responsabilidade civil por abuso do direito. In: GUERRA, Alexandre D. de Mello; BENACCHIO, Marcelo (Coords). Responsabilidade civil. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015. Disponível em:

Corporificando o Direito fundamental de liberdade negocial, com assento no art. 5º, *caput*, no art. 170, que trata dos princípios gerais da atividade econômica, o contrato serve como um instrumento que realiza a dignidade humana e implementa os Direitos fundamentais dela decorrentes. Segundo André Osório Gondinho:

[...] o contrato deve servir para promover a dignidade da pessoa humana, e não apenas para promover a circulação de riquezas em vista do atendimento das necessidades materiais que aproximam os homens em torno do vínculo contratual³⁵.

É importante acentuar que os contratos administrativos se afastam dos contratos entre particulares em virtude da condição de paridade que lhes é própria. Mas o fato de a Administração Pública dispor de privilégios administrativos (cláusulas de interesse público/cláusulas exorbitantes) não os colocam em posição que lhes permita rasgar, imotivadamente, sem quaisquer consequências, os contratos por ela própria propostos e validamente celebrados.

Ao apresentar os princípios que regem as licitações e contratos administrativos na NLLCA, não se pode deixar de observar que parte significativa dessas diretrizes serve como proteção ao particular contra condutas abusivas do Administrador Público:

Art. 5º. Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim

<https://epm.tjsp.jus.br/Publicacoes/ObrasJuridica/30610?pagina=1>. Acesso em: 1 nov. 2022; GUERRA, Alexandre. Responsabilidade civil por abuso do direito: entre o exercício inadmissível de posições jurídicas e o direito de danos. Coleção Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2011.

³⁵ GONDINHO, André Osório. *Direito Constitucional dos Contratos: A incidência do princípio da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 300.

como as disposições do Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Note-se que a expressa referência à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro revela o ideário de segurança jurídica, de lealdade e de correção que se pretende imprimir também às contratações públicas. Os deveres decorrentes da boa-fé (seriedade, cooperação, proteção, informação, cuidado, lealdade etc.) se impõem a todos os que participam de qualquer relação jurídica. O inadimplemento das exigências da boa-fé gera a chamada *violação positiva do contrato*. “Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”, estabelece o Enunciado 24 da I Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal. Os contratos administrativos não são imunes à incidência dos deveres contratuais laterais (deveres secundários ou de contorno). É clara, pois, incidência dos princípios regentes da teoria geral do contrato aos contratos administrativos. E são nítidas tais exigências em diversas passagens do vigente sistema legislativo de contratos administrativos.

O parágrafo 2º do art. 89 da NLLCA, por exemplo, veicula os deveres de informação e transparência. Pontifica que:

[...] os contratos deverão estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, as obrigações e as responsabilidades das partes, em conformidade com os termos do edital de licitação e os da proposta vencedora ou com os termos do ato que autorizou a contratação direta e os da respectiva proposta.

Os deveres de informação e transparência da justa contratação se fazem igualmente presentes quando arrola o legislador, no art. 92, as cláusulas que obrigatoriamente devem constar de todo contrato administrativo.

Também a estipulação da *matriz de riscos* a ser respeitada por todos os contraentes encontra hoje suporte no art. 103 da nova lei, que, em especial por seu parágrafo 4º, estabelece que:

[...] a matriz de alocação de riscos definirá o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em relação

a eventos supervenientes e deverá ser observada na solução de eventuais pleitos das partes.

Mesmo o regime legal que se dá às prerrogativas da Administração no art. 104 da NLLCA afasta-se, à evidência, do que no anterior regime se conheceu como fato do príncipe (fatos da administração) impondo maior responsabilidade para sua invocação.

Tanto é assim que a alteração dos contratos e dos preços pela Administração Pública deve observar aos requisitos estabelecidos no inc. I do art. 124 da lei:

[...] 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 a seus objetivos; b) quando for necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei.

Não mais nos parece ser possível que a Administração Pública esteja autorizada a encerrar a contratação, invocando, abstratamente, que assim recomenda o interesse público. A faculdade de resolução unilateral condiciona-se, na atualidade, a um juízo de necessidade/imprescindibilidade³⁶ da medida excepcional, que compromete, em alguma medida, o princípio *pacta sunt servanda* (e todas as decorrências que faz incidir no Direito fundamental à segurança jurídica). A invocação das cláusulas exorbitantes, no Direito contratual contemporâneo, exige especial cautela e excepcionalidade.

³⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o estado e os cidadãos*: a segurança como crédito de confiança. Texto integrante de obra coletiva em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva, sob a coordenação do Professor Humberto B. Ávila, com o título: Almiro do Couto e Silva e a Re-significação do Princípio da Segurança Jurídica na Relação entre o Estado e os Cidadãos (a segurança como crédito de confiança). Brasília: R. CEJ, Brasília, n. 27, p. 110-120, out./dez. 2004. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/641/821> Acesso em: 1 nov. 2022

Nesse cenário, é digna de aplauso a lição de Judith Martins-Costa³⁷ quando trata da relação entre o Direito fundamental de segurança jurídica entre o Estado e o cidadão. Para realizar a confiança, um dos fundamentos do Direito, a Administração Pública não deve limitar-se à abstenção das condutas lesivas, mas, sim, deve agir na regulação/garantia de mecanismos que realizem os direitos fundamentais e as legítimas expectativas por ela despertadas nos particulares. A confiança é essencial para realização da justiça material:

[...] um comportamento positivo da Administração Pública na tutela da confiança legítima dos cidadãos segue paralelo ao crescimento, na consciência social, da relevância da conexão entre a ação administrativa e o dever de proteger de maneira positiva os direitos fundamentais.

Colocando com perfeição a segurança como critério de confiança, merecem transcrição as suas palavras:

O princípio da boa-fé fez fortuna no Direito Privado, notadamente após a vigência do Código de Defesa do Consumidor, mas alcança, agora, a doutrina administrativista, seguidora das trilhas abertas por Couto e Silva já no início dos anos 80 [...] De tudo resulta, pois, a percepção da existência de um movimento intelectual (também assinalado pelo administrativista espanhol Luciano Parejo Alfonso) no sentido de um apelo cada vez mais frequente à confiança na relação Estado-cidadão. Porém, trata-se de uma confiança depositada também na atividade estatal, na ação continuamente voltada à proteção das expectativas legítimas e dos direitos do cidadão, notadamente dos direitos

³⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o estado e os cidadãos*: a segurança como crédito de confiança. Texto integrante de obra coletiva em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva, sob a coordenação do Professor Humberto B. Ávila, com o título: *Almiro do Couto e Silva e a Re-significação do Princípio da Segurança Jurídica na Relação entre o Estado e os Cidadãos* (a segurança como crédito de confiança). Brasília: R. CEJ, Brasília, n. 27, p. 110-120, out./dez. 2004. Disponível: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/641/821> Acesso: 1.11.2022.

*fundamentais instrumentalmente necessários ao livre desenvolvimento da personalidade humana. [...] A confiança dos cidadãos é constituinte do Estado de Direito, que é, fundamentalmente, estado de confiança. Seria mesmo impensável uma ordem jurídica na qual não se confie ou que não viabilize, por meio de seus órgãos estatais, o indispensável estado de confiança. A confiança é, pois, fator essencial à realização da justiça material, mister maior do Estado de Direito. De resto, a exigência de um comportamento positivo da Administração Pública na tutela da confiança legítima dos cidadãos corre paralela ao crescimento, na consciência social, da extremada relevância da conexão entre a ação administrativa e o dever de proteger de maneira positiva os direitos da personalidade, constituintes do eixo central dos direitos fundamentais*³⁸.

Da mesma forma, a confiança na eficácia que dimana da relação contratual, com previsibilidade e segurança, realiza o princípio da conservação dos negócios jurídicos, que se aplica, indistintamente, a contratos administrativos que, uma vez validamente celebrados, devem ser honrados por todos os contratantes a ele vinculados³⁹.

Como visto, a aproximação entre a teoria geral do contrato e o regime dos contratos administrativos depende da adequada exploração das potencialidades da *Teoria do Negócio Jurídico*. Segundo Emílio Betti, o negócio jurídico é o ato por meio do qual se regulam os interesses nas relações interpessoais. “É o ato pelo qual o direito liga os efeitos mais conformes à função econômico-social e lhes caracteriza o tipo”⁴⁰. O negócio jurídico contém “[...] um estatuto, uma disposição, e um *preceito de autonomia privada* [...]”⁴¹.

³⁸ *Op. cit.*, p. 116.

³⁹ Sobre o princípio da conservação dos negócios jurídicos, um dos princípios contemporâneos do Direito contratual, ver: GUERRA, Alexandre. *Princípio da conservação dos negócios jurídicos*: a eficácia jurídico-social como critério de superação das invalidades negociais. Coleção Teses. São Paulo: Almedina, 2016; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. Favor contractus: alguns apontamentos sobre o princípio da conservação do contrato no direito positivo brasileiro e no direito comparado. *RIDB*, Ano 2 (2013), nº 1. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/01/2013_01_00475_00542.pdf Acesso em: 1.11.2022.

⁴⁰ BETTI, Emílio. *Teoria Geral do negócio jurídico*. Campinas: Servanda, 2008, p. 88.

⁴¹ *Op. cit.*, p. 90. Emílio Betti verbera: “Na realidade, o que o indivíduo declara ou faz com o negócio jurídico, é sempre uma regulamentação dos próprios interesses nas relações com outros sujeitos:

De fato, reconhecer a *autonomia privada* no regime jurídico de Direito Administrativo exige alguma reflexão. Nos contratos administrativos, o que se busca é realizar os objetivos publicísticos para satisfação do interesse público. Entretanto, esse perfil não repele a aplicação, *no que couber*, dos princípios da teoria geral dos contratos e das disposições de direito privado (dentre elas, a vedação ao exercício disfuncional de posições jurídicas; a tutela contrária ao abuso do direito prevista no art. 187 do Código Civil; a proteção à confiança despertada e a tutela das expectativas criadas etc.).

Segundo Antonio Junqueira de Azevedo⁴², o negócio jurídico é uma *categoria jurídica* (uma *superestrutura* da Ciência do Direito). É a manifestação de vontade que se qualifica por um modelo cultural que a torna juridicamente relevante no meio social, de modo que orienta os comportamentos daqueles que a expressam. É um *fato jurídico concreto*, sob a mais ampla aceção de um *fato jurídico*.

*[...] in concreto, negócio jurídico é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide*⁴³.

Renan Lotufo assinala que o negócio jurídico é a raiz comum de todos os contratos, de Direito público ou privado. O estudo dos contratos se orienta pelo Direito das Obrigações pelas origens do *Code Napoléon*. Com efeito, o Código Civil francês (ao contrário *BGB* e dos nossos Códigos Civis) não possui uma Parte Geral. Desse modo, o Direito contratual radicou, no plano legislativo, com o próprio Direito das Obrigações (e não com o negócio jurídico, usualmente examinado na Parte Geral dos códigos). O contrato é a expressão maior da liberdade individual

regulamentação da qual ele compreende o valor socialmente vinculante, mesmo antes de sobrevir a sanção do direito [...] a previsão a que está ligado o efeito jurídico contém em si mesma um preceito de autonomia privada, cujo reconhecimento por parte da ordem jurídica representa, na sua essência, um fenômeno de recepção [...]" (*Op. cit.*, p. 229).

⁴² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 134.

⁴³ *Op. cit.*, p. 16. A respeito, v. BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 187 ss.

no plano negocial. É o meio pelo qual se pode adquirir/estabelecer a propriedade e circulação de riquezas.

No século XIX, em virtude da pandectística alemã, a teoria geral dos contratos passou a se prender não mais no Direito das Obrigações, mas, sim, na *Teoria dos Atos Jurídicos*, permitindo ampliar o desenvolvimento da *Teoria do Negócio Jurídico* (espécie de ato jurídico)⁴⁴.

Na correta síntese de Enzo Roppo, a diferença fundamental entre os modelos francês e alemão reside no fato de que o Direito alemão concebe o contrato dentro da categoria geral de *negócio jurídico*. Essa posição se aplica perfeitamente ao modelo brasileiro. Tal visão permite ampliar o processo de abstração do contrato, concebendo uma série de fenômenos reais além dos contratos de Direito privado:

*[...] para compreender uma área cada vez mais extensa de objectos, é preciso elevarmo-nos cada vez mais sobre os mesmos, e assim deles cada vez mais renunciarmos a captar os seus aspectos palpáveis*⁴⁵.

Como se observa, o contrato é um instituto com forte vinculação à teoria do negócio jurídico. É permeado pelos princípios que regem o Código Civil brasileiro, apresentados por Miguel Reale⁴⁶ (socialidade, eticidade e operabilidade) e pelos princípios tradicionais e contemporâneos do Direito contratual. Os princípios jurídicos não se infirmam ou se revogam, mas, em determinadas circunstâncias de fato, cedem, em maior ou menor grau, a incidência em favor de outros. Espraiam os seus efeitos no campo dos requisitos de validade, como preceitua o art. 104 do Código Civil.

⁴⁴ “A doutrina alemã, quando da elaboração da parte geral do *BGB*, como um repositório de conceitos gerais, começou a desenvolver uma Teoria Geral do Direito Civil, na qual cabe como integrante fundamental a Teoria do Negócio Jurídico. [...]. O contrato é a figura mais significativa do Negócio Jurídico e a partir deste é que tivemos o maior desenvolvimento da teoria geral. Daí o dizer de Orlando Gomes (contratos, 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p.4): o contrato é uma espécie de negócio jurídico que se distingue, na formação, por exigir a presença de pelos menos duas partes. Contrato é, portanto, negócio jurídico bilateral ou plurilateral. Negócio, etimologicamente, mantém relação básica com o latim *Nec otium*, não-ócio, evidenciando estreita relação com atividade, daí que, em quase todas as línguas, sua significação tenha a ver com atividade econômica.” (LOTUFO, Renan. Teoria geral dos contratos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas. 2011, p. 4-6).

⁴⁵ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 49.

⁴⁶ REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

A tais requisitos de validade (capacidade do agente, licitude do objeto e observância de forma solene), se une a *boa-fé*, que, na lição de Renan Lotufo, é o quarto requisito de validade do negócio jurídico, que vem previsto no art. 113 do Código Civil⁴⁷ (*standard* que se aplica, uma vez mais, aos contratos administrativos). Disso decorre que, nos contratos administrativos, somente se justifica invocar as cláusulas exorbitantes nas situações em que sua presença é, concreta e fundamentadamente, essencial para realizar-se a plena concretização do interesse público⁴⁸.

O mesmo deve ser dito em relação ao princípio da justiça contratual, que deve incidir sobre os contratos administrativos. De acordo com Franz Wieacker, a teoria de Hugo Grócio a respeito da justiça contratual tem raízes na tradição aristotélico-tomista. É próprio da justiça exigir uma relação de equivalência de prestações (*aequalitas*). Da justiça jusnaturalista “[...] decorrem também deveres das partes quanto ao dever de respeito e de esclarecimentos mútuos [...]”⁴⁹, exatamente como preceitua o parágrafo 1º do art. 89 da NLLCA. A afirmação, pelo legislador, de quais cláusulas são essenciais à contratação pública, como prevê o art. 92 de mencionado diploma, confere segurança jurídica, previsibilidade e desperta a confiança na realização de fatos que se devem fazer presente na contratação.

Diante do exposto, é possível identificar a incidência da teoria geral do contrato aos contratos administrativos, pois existem características essenciais que lhes são comuns. Primeiro, porque não há contrato sem

⁴⁷ A respeito do artigo 113 do Código Civil brasileiro, Renan Lotufo assevera que o princípio da boa-fé objetiva (cláusula geral) não é exclusividade dos sistemas jurídicos de formação romano-germânica. É também amplamente difundido nos sistemas da *Common Law*, como comprova a *Uniform Commercial Code*, diploma normativo que se aplica pelos Estados norte-americanos. Segundo tal regramento, em tradução livre, *good faith*, significa honestidade e observância de razoáveis padrões comerciais de atuação correta (*fair dealing*, *Section 1*, 201[19]).

⁴⁸ É que a boa-fé objetiva incide sobre todos os negócios jurídicos e se “[...] traduz no dever de cada parte agir de forma a não defraudar a confiança da outra parte, alcançando todos os participantes da relação jurídica, não importando o ponto de vista psicológico de uma das partes, servindo como norte e padrão de conduta a ser seguido [...] são meios auxiliares de interpretação o caráter habitual das relações mantidas entre as partes, manifestações anteriores do declarante e do destinatário, que reconhecidamente se ligam à declaração, tais como uma expressão típica do declarante, conhecida pelo destinatário, bem como o lugar, o tempo e as circunstâncias inerentes.” LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. Parte geral. v.1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 315-316.

⁴⁹ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 333-334.

que haja acordo de vontades (que se marca pela voluntariedade e pela autorregulamentação de direitos/interesses). Trata-se de uma liberdade “[...] reciprocamente condicionante e condicionada, coexistentes no tempo, formando uma vontade contratual unitária [...]”⁵⁰. Segundo, porque não há contrato sem o encontro entre interesses e finalidades das partes, que se apresentam convergentes, em simetria, e reciprocamente condicionados “uns como causa dos outros”. Terceiro, porque não há contrato sem a produção de efeitos jurídicos por ambas as partes, isto é, sem a criação de direitos/obrigações para ambos os contratantes, tornando-o lei entre as partes⁵¹.

A aplicação da teoria geral do contrato aos contratos administrativos comporta adequação, adaptação, mas não exclusão⁵². Os contratos privados visam a realizar interesses dessa mesma natureza. Os contratos públicos são destinados a realizar o interesse público, o que se sobrepõe aos interesses privados do contratado e ao interesse secundário da própria Administração Pública contratante. Ora, se a Administração Pública está autorizada, em tese, a alterar unilateralmente as regras pactuadas (art. 104 da NLLCA), é preciso que essa medida seja excepcional, criteriosa, fundamentada em dados da realidade e concretamente realizadora da função pública.

Se se pretende pontualmente afastar a força obrigatória das convenções (e assim comprometer, em certa medida, a segurança econômico-jurídica do contrato), deve-se efetivamente atender aos princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e à indisponibilidade do interesse público. “Nos contratos administrativos, a contratada não tem direito à imutabilidade do contrato, mas sim ao respeito à equação econômica inicial [...]”⁵³, sob a forma prevista nos artigos 124 a 136 da Lei nº 14.133/21. Trata-

⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. *Op. cit.*, p. 255.

⁵¹ *Op. cit.*, p. 255. “No contrato administrativo, existe uma oferta, feita, em geral, por meio do edital de licitação, a toda a coletividade (*invitatio ad offerendum*, acresceto); dentre os interessados que a aceitam e fazem a sua proposta (referente ao equilíbrio econômico do contrato), a Administração seleciona a que apresenta condições mais convenientes para a celebração do ajuste. Forma-se, assim, a vontade contratual unitária (primeiro elemento) [...] Isso quer dizer que os contratos administrativos se enquadram no conceito geral de contrato como acordo de vontades gerador de direitos e obrigações recíprocos.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 255).

⁵² Segundo Antônio Carlos Cintra do Amaral, nos contratos de Direito privado, as partes estão autorizadas a contratar *tudo o que não for ilegal*, em virtude do princípio da autonomia privada. De outro lado, nos contratos administrativos, a Administração Pública somente poderá disciplinar os interesses autorizados por lei para assim proceder, em virtude do princípio da legalidade administrativa (*Op. cit.*, p. 190).

⁵³ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Licitação e contrato administrativo*. Estudos, pareceres, comentários. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 189.

se de regra especial que, nesse ponto, prevalece, quando em confronto com o regime jurídico de revisão do negócio jurídico no Direito Privado⁵⁴.

Desde as últimas décadas, não mais deve prevalecer a distinção intransponível entre o Direito Público e o Direito Privado⁵⁵. A hipercomplexidade das relações sociais, a incontável conectividade dos meios eletrônicos, a sociedade de desenfreado consumo massivo, a globalização dos mercados, a aplicação direta dos direitos fundamentais às relações de Direito privado, dentre outros fatores, determinam aos intérpretes esforços para superar as artificiais barreiras de determinados segmentos do Direito⁵⁶.

Segundo Pietro Perlingieri, a unidade do fenômeno social e do ordenamento jurídico exigem o estudo de cada instituto jurídico nos seus aspectos privatísticos e publicísticos.

A própria noção entre direito privado e público está em crise. Esta distinção, já os romanos tinham dificuldade em definir, se substancia ora na natureza pública do sujeito titular dos interesses, ora na natureza pública e privada dos interesses. [...] As dificuldades de traçar linhas de fronteira entre o direito público e o direito privado aumentam também por causa da cada vez mais incisiva presença que assume a elaboração dos interesses coletivos como categoria intermediária⁵⁷.

⁵⁴ Código Civil. Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

Da Resolução por Onerosidade Excessiva. Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

⁵⁵ A esse respeito, cf. GUERRA, Alexandre D. de Mello, PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo. *Responsabilidade civil do Estado*. Desafios contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2010, apresentação. No mesmo sentido, v. NERY, Ana Rita de Figueiredo. *A causa do contrato administrativo*. Análise do conteúdo contratual como parâmetro de aplicação do princípio da eficiência, *op. cit.*, p. 4 ss.

⁵⁶ A esse respeito, v. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e o direito privado*. Coimbra: Almedina, 2006.

⁵⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. trad. Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 52-53

O Estado não mais se caracteriza como um ente sobrenatural, que está autorizado a impor aos particulares um absoluto poder, sem quaisquer freios, limites ou condicionantes. Na pós-modernidade, o Estado Democrático de Direito impõe que o Estado realize seu compromisso constitucionalmente assegurado, realizando o interesse de cada pessoa e da sociedade que se propõe a reger e estruturar, também por meio do negócio jurídico-contratual. Deve o Estado tutelar direitos fundamentais; deve concretamente favorecer o desenvolvimento da pessoa; deve remover os obstáculos impeditivos da participação de todos nas decisões sociopolíticas. “O Estado tem a tarefa de intervir e de programar na medida em que realiza os interesses existenciais e individuais, de maneira que a realização deles, é, ao mesmo tempo, fundamento e justificação de sua intervenção.”⁵⁸.

Daí porque a segregação intransponível entre o Direito Público e o Direito Privado é uma falácia. Segundo Edmir Netto de Araújo, quando o Direito Administrativo se afirmou como uma disciplina autônoma da ciência do Direito, os sectários buscaram a transposição de conceitos/institutos de Direito privado para o Direito Administrativo. Em um segundo momento, passaram a recorrer ao chamado *método de análise regressiva*: abstraíndo e generalizando, os cultores do Direito Administrativo atingiam as *matrizes categoriais*. As matrizes categoriais, no seu dizer, são as:

*[...] formas puras de conceituação jurídica, ainda não comprometidas com qualquer dos ramos e muito menos disciplinas jurídicas, chegando-se a noções, conceitos e institutos aceitos pela teoria geral do direito [...]. A teoria geral do direito [...] chega à noção categorial de negócio jurídico, depois bifurcada em negócio jurídico privado e o negócio jurídico público e administrativo*⁵⁹.

O contrato não se situa, isoladamente no campo do Direito Público ou Privado: ele paira sobre toda ciência do Direito. É noção da teoria

⁵⁸ PERLINGIERI, Pietro, *op. cit.*, p. 54.

⁵⁹ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Do Negócio Jurídico Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 207.

geral do Direito (*categoria jurídica estruturante*)⁶⁰, colocando em dúvida a própria sobrevida da qualificação *administrativo* à matriz categorial (só) do contrato⁶¹.

3. Autonomia privada vs. função pública no ambiente dos contratos administrativos

São conciliáveis os conceitos de autonomia privada e função pública?
A resposta, a nosso ver, é positiva.

A teoria geral do contrato, como se destacou, revela o perfil político, econômico, jurídico e filosófico da sociedade em uma determinada época. Encerra uma relação de intersecção entre a liberdade individual e o aspecto econômico da circulação de riqueza. No Brasil, expressiva parcela do poder de autodeterminação do indivíduo envolve a liberdade de iniciativa econômica, como acentua o art. 170 da Constituição Federal de 1988. Tal poder de autodeterminação negocial é a autonomia privada, ou seja, o poder de autorregramento dos interesses por meio de contratos. Disso decorre que o conceito de autonomia privada já nasce conformada por determinados elementos exteriores.

A vontade somente pode criar preceitos jurídicos se o Direito a ela deferir poder e limites para que assim o seja. Todos os direitos trazem em si um *emolduramento*; uma *con(formação)*; um delineamento previamente estabelecido pelo próprio ordenamento jurídico. O conceito de Direito é um conceito que se conforma por um dado sociocultural que a ele preexiste. Não existe, por exemplo, uma propriedade que não tenha função social, justamente porque o desenho (a moldura) dada pelo ordenamento jurídico brasileiro para o direito de propriedade já *nasce*

⁶⁰ *Op. cit.*, p. 121. E prossegue: “No regime jurídico de direito privado, as partes estão em relação de *horizontalidade*, ou seja, em pé de igualdade quanto aos direitos e obrigações resultantes da relação jurídica, o que coloca o contrato, no que respeita à sua execução, alteração e demais condições, em uma sistemática consensual quase absoluta. Já no regime jurídico de direito público, em virtude da aplicação do princípio da *supremacia do interesse público* sobre o interesse individual, a posição das partes no contrato é a *verticalidade*, situando o Estado em posição de preponderância sobre o particular na relação jurídica, possibilitando que o mesmo tome certas medidas ou use certas prerrogativas sem a aquiescência do contratante particular, embora observando-se certas regras jurídicas protetoras do interesse privado e do equilíbrio contratual.” (*Op. cit.*, p. 121).

⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Ainda existem os chamados contratos administrativos? In: Di Pietro, Maria Sylvania Zanella; Alves Ribeiro, Carlos Vinicius. *Supremacia do interesse Público e outros temas relevantes de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 398/400.

(reconhece-se *ab initio*) funcionalizado, como determina o inc. XXIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

A função social, no contrato administrativo, seguindo o mesmo raciocínio, não é um limitador externo a uma liberdade contratual preexistente (ampla, geral e irrestrita), pois o próprio direito que assegura a liberdade contratual já nasce sob um desenho de função social. Tal liberdade irrefreável em favor dos contratantes simplesmente *não existe*, ao menos desde o século XX. Não é admissível, dessa forma, criar validamente contratos que sejam contrários à moral; aos bons costumes; à própria lei; aos fins sociais do Direito; aos fins econômicos do Direito ou que atentem contra a função social do Direito. Portanto, a teoria geral dos contratos regula a liberdade e a transferência econômica (circulação da riqueza), elementos que se mostram essenciais para o modelo capitalista.

O Estado, realizando o interesse público, necessita da cooperação/participação dos particulares⁶². Dentre muitas formas, vale-se do contrato. Laurent Richer⁶³ sustenta ser impossível separar o Estado e a sociedade civil. O Estado e a Administração Pública se inserem na sociedade civil. A Administração Pública vive em permanente relação com os atores econômicos e sociais, em relações jurídicas por meio das quais se adotam comportamentos substancialmente semelhantes àqueles de entre particulares. É ilusória a pretensão de excluir a Administração Pública do ambiente da autonomia privada contratual, sob pena de incorrer-se em um processo de simplificação excessiva/negação da realidade, marcada por forte viés ideológico, o que malfez a cientificidade do próprio do Direito.

Ao celebrarem contratos com a Administração Pública, os particulares, de fato, se valem da autonomia privada. Mas à Administração Pública não se defere o ordenamento jurídico tal autonomia, mas, sim, o dever de cumprir a *função pública*. São, contudo, institutos conciliáveis. Em virtude dos princípios regentes da Administração Pública, em especial o princípio da legalidade administrativa, o Estado não exerce autonomia privada (ou autonomia administrativa) quando celebra contratos.

⁶² Sobre o dever de cooperação das partes na relação obrigacional para o cumprimento do programa contratual – que se aplica também aos contratos administrativos, ver: COUTO E SILVA, Clóvis V. *A obrigação como processo*. São Paulo: Saraiva, 2012; GARBI, Carlos Alberto. *A intervenção judicial no contrato em face do princípio da integridade da prestação e da cláusula geral da boa-fé: uma nova visão do adimplemento contratual*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2014. Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=63403>. Acesso em: 1 nov. 2022.

⁶³ RICHER, Laurent. *Droit des contrats administratifs*. Paris: LGDJ, 1995, p. 14-15.

No entanto, quanto aos seus conteúdos, o Poder Público observa as exigências do ordenamento jurídico e age com poder de estabelecer as bases da contratação/estipulação dos conteúdos.

Daí porque, segundo José Manuel Sérvulo Correia⁶⁴, o conceito que aqui se faz presente é o de *autonomia pública contratual*. Na sua percepção, a autonomia pública contratual é a permissão de criar-se, no âmbito dos atos e contratos administrativos:

[...] efeitos de direito não predeterminados por normas jurídicas e titularidade e exercício do correspondente poder, isto é, de margem de livre decisão na criação de efeitos de direito nas situações concretas regidas pelo Direito Administrativo.

A autonomia pública contratual não compromete a realização da função pública. Trata-se do fruto da abertura conferida à Administração Pública por determinada norma legal, que, em um juízo de conformidade com a decisão legislativa concessiva de poderes à Administração Pública, exerce-os à realização dos seus fins, com discricionariedade e margem de apreciação de conceitos jurídicos indeterminados. Disso decorre que o contrato administrativo é o legítimo fruto do exercício simultâneo (e em relação de cooperação) entre as autonomias privada e pública.

Fixadas as premissas acima, a indagação final que delas decorre é: *o poder de a Administração Pública modificar o conteúdo do contrato administrativo malferir o legítimo exercício das autonomias privada e pública?*

A resposta é negativa. O poder de alteração unilateral do contrato administrativo é conferido pelas cláusulas exorbitantes, antes referidas. Não se trata de *cláusulas* propriamente ditas, mas, sim, de disposições legais que integram a estrutura do contrato administrativo. São manifestações do *princípio da heteronomia da vontade*. Esclarece Pietro Perlingieri⁶⁵ que a *heteronomia da vontade* é o poder de criação de regras que deriva não pelos titulares do interesse para o qual elas serão aplicadas, mas,

⁶⁴ CORREIA, José Manuel Sérvulo. Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos. Coimbra: Almedina, 1987, p. 470.

⁶⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, p. 327.

sim, por parte de sujeito estranho (terceiro), que realiza o interesse público. São manifestações de *heteronomia* a lei, a norma administrativa e a sentença: são todas interferências de sujeitos que tem poder de disciplinar interesses, independentemente da vontade dos seus próprios titulares⁶⁶. O poder de alteração unilateral do contrato administrativo surge na segunda metade do século XIX, como decorrência de desequilíbrio ulterior em um contrato de prestação de serviço de iluminação pública⁶⁷.

Os fenômenos da objetivação e da publicização do contrato afastaram o dogma da intangibilidade da vontade (*pacta sunt servanda*). As cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos são autorizadas pelo ordenamento jurídico, desde que o seu exercício não seja abusivo, por disfuncionalidade axiológica (CC/2002, art. 187). Diante do exposto, como afirma Jean Rivero, a existência de cláusulas exorbitantes não é suficiente para desqualificar a natureza dos contratos administrativos⁶⁸. Farta, ademais disso, é a orientação da jurisprudência no sentido de acolher a aplicação da teoria geral do contrato aos contratos administrativos⁶⁹.

⁶⁶ Segundo José Lourenço, “[...] o termo heteronomia refere-se ao que se deixa sujeitar; condição de pessoa ou de grupo que recebe um elemento que lhe é exterior, ou de um princípio estranho a razão e a Lei. MAIS especificadamente, a heteronomia jurídica, para Maria Helena Diniz, é a sujeição do destinatário da norma a seu comando, independente de sua vontade. Ou, como prefere Lalande, a condição de uma pessoa ou de uma coletividade receber do exterior a lei à qual se submete.” (LOURENÇO, José. *Limites à liberdade de contratar: princípios da autonomia e da heteronomia da vontade nos negócios jurídicos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 77).

⁶⁷ A respeito, elucidativas são as ponderações de Fernando Vernalha Guimarães: “[...] Com o aparecimento definitivo da eletricidade, dada sua indiscutível superioridade em relação ao gás, puseram-se em questionamento os inúmeros contratos de concessão então firmados com as companhias de gás, detentoras do fornecimento e distribuição do produto à prestação da iluminação pública. Atentou-se a que a imutabilidade dos contratos de concessão não se poderia sobrepor ao interesse público, ali representado pelas vantagens que a nova tecnologia haveria de proporcionar à coletividade. Na França, o surgimento da eletricidade levou muitas cidades a conceder a exploração da iluminação pública, a partir da nova tecnologia, a empresas outras que não titulares das concessões então vigentes (a gás). A insurgência das concessionárias titulares das cláusulas de privilégio (exclusividade) levou a discussão ao Conselho de Estado, que decidiu a favor dessas, reputando que a exclusividade assinada pelos contratos de concessão dizia respeito a *todos os tipos de eletricidade*. O Tribunal Francês, em vista dos recursos apresentados pelas companhias de gás, chegou a condenar, em alguns casos, o poder público a pesadas indenizações. Mais tarde, o mesmo Conselho de Estado reconsiderou a posição, interpretando as tais cláusulas de privilégio como que atributivas de um simples direito de preferência, não mais deferindo às concessionárias o direito de exclusividade em relação às variadas tecnologias de iluminação: “Quando a Administração quisesse instalar a energia elétrica deveria primeiro pedir à companhia de gás que o fizesse, e só quando esta se recusasse ficaria livre de contratar com outrem”. A questão sedimentou-se com o *arrêt Gaz de Deville-lès-Rouen*, de 10.1.1902.” (*Op. cit.*, p. 111-112).

⁶⁸ RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981, p. 128.

⁶⁹ 1. No ACO nº 970, o Supremo Tribunal Federal, por voto do Min. GILMAR MENDES, em 17.05.2007, reconheceu dever incidir princípio da boa-fé aos convênios administrativos (espécie de contrato

Conclusão

Sob as luzes da NLLCA (Lei nº 14.133/21), é possível concluir que se deve aplicar ao contrato administrativo, *em caráter supletivo*, todos os princípios regentes da teoria geral do contrato e as disposições de direito privado, como estabelece o art. 89 do novo diploma legislativo. Andou bem o legislador ao se debruçar detidamente sobre o contrato administrativo, a partir do artigo 89, e por mais de uma centena de artigos, e não se aferrar ao procedimento licitatório como se o procedimento fosse *um fim em si mesmo*. É que a licitação nada é senão o *meio* para que se possa alcançar o *fim*, a meta, o objetivo maior: celebração do contrato administrativo.

Se é certo que o contrato administrativo se insere no ambiente dos contratos, toda racionalidade que inspira o Direito contratual (em especial os princípios contemporâneos do contrato, tais como a boa-fé, a justiça contratual, o equilíbrio de prestações, a função social etc.) devem se fazer presente nas relações de Direito Público. A vedação ao exercício abusivo de posições jurídicas, a tutela das expectativas contratuais criadas, a vedação ao comportamento contraditório, o dever lateral de proteção da contraparte, dentre outros *standards*, deve animar tais relações jurídicas, em especial nos momentos em que se pretenda invocar as cláusulas exorbitantes, que não mais se revelam um direito potestativo da Administração Pública.

Na lição final de Teresa Negreiros, não se vive hoje diante da ruptura (ou da reinvenção) dos paradigmas contratuais. Na pós-modernidade, o que cabe ao intérprete é adotar *paradigmas diferenciados* que emergem das diversas espécies contratuais. São vetores múltiplos e coexistentes, que exigem esforço hermenêutico de coerência/harmonização com as particularidades dos contratos administrativos.

*Esse estado de coisas traduz-se no surgimento
do que escolhemos denominar como paradigma*

administrativo). Ainda, foi sublinhada a incidência do princípio da intranscendência das sanções e das medidas restritivas de ordem jurídica pelo Ministro CELSO DE MELLO nos autos de ACaGRQO nº 1.033/DF. A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, nos RMS nº 23.640, voto do Min. MAURÍCIO CORRÊA, em 16.10.2001, afirmou que o fato de o concorrente apresentar uma proposta financeira sem assinatura em processo de licitação gera a inexistência do documento em si (apócrifo). Assim decidiu sob o argumento de se dever atender à boa-fé contratual, impondo-lhe a desclassificação por inobservância de exigência prescrita no edital.

*da diversidade, numa tentativa de expressar a capacidade de os novos princípios reformularem aspectos paradigmáticos do contrato, e, ao mesmo tempo, a capacidade de os princípios clássicos subsistirem, embora funcionalmente alterados*⁷⁰.

Nos contratos administrativos, a tarefa dos juristas é a sedimentação de posturas éticas que realizem a principiologia da teoria geral do contrato.

Bibliografia

ALLARA, Mario. *Corso de Diritto Civile*. La teoria generale del contrato. Torino: G. Grappichelli, 1955.

ALMEIDA COSTA, Mario Julio de. *Direito das obrigações*. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

ARRUDA CÂMARA, Jachintho; PERESI DE SOUZA, Ana Paula. Existem cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos?. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 185–208, 2020.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Licitação e contrato administrativo*. Estudos, pareceres, comentários. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Do Negócio Jurídico Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

AVELÃS NUNES, Antônio José. *Neoliberalismo & direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*. Existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BETTI, Emilio. *Teoria Geral do negócio jurídico*. Campinas: Servanda, 2008.

BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BUSSATA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e o direito privado*. Coimbra: Almedina, 2006.

⁷⁰ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*. Novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 514.

COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação como processo*. São Paulo: Saraiva, 2012.

CRETELLA JUNIOR, José. As cláusulas de privilégio nos contratos administrativos. *Revista de Informações Legislativas*, Brasília, DF, v. 23, n. 89, p. 303-322, 1986. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181681/000421288.pdf?sequence=3&isAllowed=y> Acesso: 1 nov. 2022.

CRETELLA JÚNIOR, José. Teoria do “fato do príncipe”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 75, p. 23–30, 1964. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/25735>. Acesso em: 20 nov. 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Ainda existem os chamados contratos administrativos? In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; ALVES RIBEIRO, Carlos Vinicius. *Supremacia do interesse Público e outros temas relevantes de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. *Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GALGANO, Francesco. *La globalizzazione nello specchio del diritto*. Bolonha: Il Mulino, 2005.

GARBI, Carlos Alberto. *A intervenção judicial no contrato em face do princípio da integridade da prestação e da cláusula geral da boa-fé: uma nova visão do adimplemento contratual*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2014. Disponível: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=63403> Acesso: 1 nov. 2022.

GARCIA, Maria. *Limites da Ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GASIOLA, Gustavo Gil. Fato da Administração: uma revisão bibliográfica. *Revista Digital de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 39-68, 2017. DOI: 10.11606/issn.2319-0558.v4i2p39-68. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/131769>. Acesso em: 20 nov. 2022.

GILMORE, Grant. *La morte del contrato*. Milão: Giuffrè, 1999.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. Favor contractus: alguns apontamentos sobre o princípio da conservação do contrato no direito positivo brasileiro e no direito comparado. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. 1, p. 475-542, 2013.

- GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GONDINHO, André Osório. *Direito Constitucional dos Contratos*. A incidência do princípio da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GUERRA, Alexandre de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo. *Responsabilidade civil do Estado*. Desafios contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- GUERRA, Alexandre de Mello; BENACCHIO, Marcelo. Teoria geral dos contratos aplicada aos contratos administrativos. In: MARINELA, Fernanda; BOLZAN, Fabrício (org.). *Leituras complementares de Direito Administrativo*. Salvador: Juspodivm, 2012.
- GUERRA, Alexandre de Mello. *Princípio da conservação dos negócios jurídicos: a eficácia jurídico-social como critério de superação das invalidades negociais*. Coleção Teses. São Paulo: Almedina, 2016
- GUERRA, Alexandre de Mello. Responsabilidade civil por abuso do direito. In: GUERRA, Alexandre de Mello; BENACCHIO, Marcelo (coord.). *Responsabilidade civil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/rc11.pdf?d=636680468024086265>. Acesso em: 1 nov. 2022.
- GUERRA, Alexandre de Mello. *Responsabilidade civil por abuso do direito: entre o exercício inadmissível de posições jurídicas e o direito de danos*. Coleção Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2011.
- JAMIN, Christophe. Quelle Nouvelle crise du contrat? Quelques mots en grise d'introduction. In: JAMIN, Christophe; MAZEAUD, Denis. *La nouvelle crise du contrat*. Paris: Dalloz, 2003.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003.
- LOTUFO, Renan. *Código civil comentado*. Parte geral. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.
- LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. Obrigações. Parte geral (arts. 233 a 420). v. 2. São Paulo: Saraiva, 2003.
- LOURENÇO, José. *Limites à liberdade de contratar: princípios da autonomia e da heteronomia da vontade nos negócios jurídicos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

MARTINS-COSTA, Judith. Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do direito privado brasileiro. In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio; TORRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (coord.). *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas*. Homenagem a Tullio Ascarelli. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 393/427.

MARTINS-COSTA, Judith. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. *Revista CEJ*, Brasília, DF, n. 27, p. 110-120, 2004.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da justiça contratual*. In: LOTUFO, Renan (coord.). Coleção Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOTTA, Thiago de Lucena; CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. O fato da administração e a revisão dos contratos administrativos a partir da violação da boa-fé objetiva. *Direito Público*, Brasília, DF, v. 15, n. 85, 2019. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2973>. Acesso em: 20 nov. 2022.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*. Novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NERY, Ana Rita de Figueiredo. *A causa do contrato administrativo: análise do conteúdo contratual como parâmetro de aplicação do princípio da eficiência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PESTANA, Marcio. A exorbitância nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 141–162, 2021.

PERLINGIERI, Pietro. *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*. Napoli: Scientifiche Italiane, 2000.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RICHER, Laurent. *Droit des contrats administratifs*. Paris: L.G.D.J., 1995.

RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2008.

SÉRVULO CORREIA, José Manuel. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Os direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010.

TENÓRIO, Fernando Guilherme. A anomalia do fato administrativo. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 2, p. 5–8, 1989. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/9129>. Acesso em: 20 nov. 2022.

VERNALHA GUIMARÃES, Fernando. *Alteração unilateral do contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Torino: Einaudi, 2010.