

**JULIANO HEINEN**

*Comentários à*  
**Lei de LICITAÇÕES  
e CONTRATOS  
ADMINISTRATIVOS**

*Lei nº 14.133/21*

**5ª edição  
revista, atualizada e  
ampliada**

**2024**

 **EDITORA**  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

## 1. INTRODUÇÃO AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Ano a ano, novos modelos negociais praticados pelos entes estatais são previstos pela legislação nacional, na medida em que a interação do Poder Público com a sociedade cada vez mais passa pelo *consenso*, e *não pela unilateralidade*. E, neste aspecto, os “negócios” feitos pelo Estado possuem uma maior ou menor incidência do regime jurídico-público – instituto também a ser definido na sequência<sup>1254</sup>. Tal instituto não deixa de designar efeitos jurídicos, sem se perder de vista que é a lei que concede eficácia à manifestação volitiva das partes em questão, operando, assim, obrigações ao acordo, em que a vontade das partes aparece como fonte imediata.

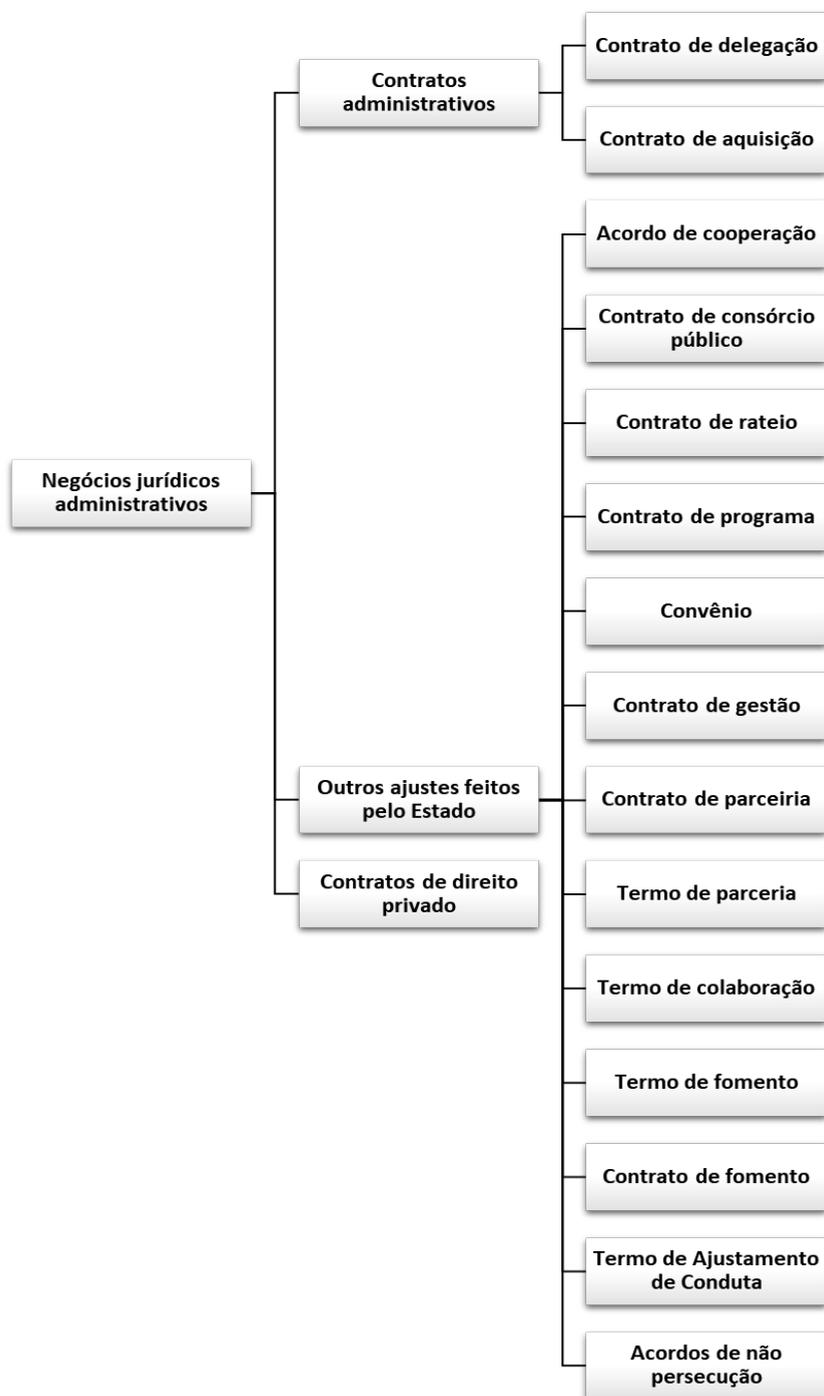
É pela via do *contrato* que as partes acordam obrigações mútuas<sup>1255</sup>, firmando este pacto sob o fundamento da *autonomia de vontade*. Então, as regras contratuais regerão uma situação futura, criando, extinguindo ou alterando direitos ou obrigações. Mas não só. Entendemos que o contrato notadamente de longo prazo é uma *ferramenta regulatória*, e também e ao mesmo tempo, é um objeto de regulação, porque, apesar de estar vocacionado a reger obrigações e deveres entre a Administração Pública e um privado, pode vir a estabelecer efeitos ao cidadão (v.g. padrões de qualidade do serviço prestado – uma escola mal construída gera um prejuízo na prestação da atividade educativa etc.).

(Provisório)

1254. A noção de “contrato administrativo”, ao menos neste aspecto, não se desgarra da perspectiva de contra de direito privado, tendo em vista que ambos os institutos servem como um “[...] instrumento prático que realiza o mister de harmonizar interesses não coincidentes.” (RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, v. 3, 1999, p. 34-35). Apesar de concordarmos com o autor de que tal instituto é veículo da circulação da riqueza, não concordamos como sendo uma “instituição pura de direito privado, em regimes que admitem a propriedade individual.” (RODRIGUES, Sílvio. *Op. Cit.*, p. 35). Ficamos, assim, com o conceito de Flávio Tartuce: “[...] é negócio jurídico bilateral ou plurilateral, que visa à criação, modificação ou extinção de direitos e deveres com conteúdo patrimonial.” (TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*: Volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 594).

1255. Ainda que se possa dizer que existem contratos com obrigações somente a uma das partes, como é o caso da doação “pura”.

Podemos exemplificar esta multiplicidade de ajustes a partir do seguinte fluxo-grama, que, em verdade, apenas espelha parcela das várias possibilidades de pactos que podem ser feitos com o Poder Público:



Vê-se, portanto, que esta multiplicidade de pactuações possui pelo menos dois pontos em comum: pressupõem *um acordo de vontades*, ou seja, não se está diante de uma imposição a contratar – e nem poderia –, bem como *em um dos polos da relação contratual se encontra o Estado*. Em alguns negócios jurídicos *lato sensu*, ambas as partes atuam desinteressadamente, ou seja, não visam a um benefício pecuniário (v.g. convênios). Não é o caso dos contratos administrativos regidos pela Lei nº 14.133/2021, porque eles pressupõem cláusula de preço ou de pagamento, e que têm por objeto a satisfação de uma necessidade pública.

O contrato estabelecerá uma *legitimação* para ambas as partes envolvidas, porque permite faculdades, ou seja, estabelece direitos e deveres, no mais das vezes recíprocos. E os atos públicos e privados de execução deste negócio terão sua própria autonomia. Neste aspecto, deve ser levado em conta que o contrato de fornecimento, típico da Lei nº 14.133/21, gera efeitos entre as partes, o que o difere, por exemplo, dos contratos de concessão de serviço público, os quais, apesar de celebrados entre o Poder Público e o particular, geram efeitos para com os usuários.

Quando celebrado o contrato administrativo, ambas as partes possuem determinadas posições jurídicas, ou seja, um conjunto de direitos e de obrigações é auferido por todos os participantes do negócio que, como dito, vale entre as partes signatárias. Mas é interessante notar que estas posições jurídicas ou o conjunto de direitos e deveres possuem dois graus de legitimação: em um primeiro momento será a lei que conferirá legitimidade a este mencionado conjunto de direitos e deveres ou posição jurídica, para só então o contrato, com base na disciplina legal, trazer à tona uma segunda, por assim dizer, “legitimação” das posições jurídicas. Se visto de outro modo, o contrato administrativo espelha, na prática, uma política pública ou um projeto público. Ou, mais especificamente, o contrato materializa muito daquilo que foi planejado na fase interna da licitação. Assim, o contrato administrativo normatizado pela Lei nº 14.133/21 estabelece uma *relação jurídica bilateral e onerosa*.

De regra, como dito, o contrato gera efeitos apenas entre as partes do pacto. Excepcionalmente, a referida legislação permitiu que o contrato administrativo possa atingir terceiros, estabelecendo uma relação jurídica multilateral, ou melhor, vindo a gerar efeitos para além das pessoas que pactuaram com a Administração Pública. É o caso do art. 25, § 5º, inciso II, da *Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos*, o qual permite que o contratado, caso autorizado pelo ajuste, possa desapropriar bens para a execução do objeto licitado. Eis uma exceção a essa “bilateralidade”.

O arranjo constitucional incidente à espécie, notadamente o art. 37, inciso XXI, reclama uma mediação legislativa, a qual foi feita por inúmeras leis infraconstitucionais. Em um primeiro momento, duas delas se destacaram: a Lei nº 8.666/93 [hoje substituída pela Lei nº 14.133/21], que estabelecia os *parâmetros gerais das licitações e dos contratos administrativos*; e a Lei nº 8.987/95, que disciplina a *delegação de serviços públicos à iniciativa privada*. Ambas as legislações acabaram por se conformarem, cada qual no seu espectro e de acordo com as suas especificidades, o conceito de contratos administrativos, dito por nós como “tradicional”. Em termos objetivos: definiram as bases dogmáticas do contrato de fornecimento e do contrato de delegação, respectivamente.

Então, é de se perceber que a definição do contrato administrativo partirá do sistema normativo que o disciplina. Por isto que *não se terá uma definição passível de*

*universalização*. Entendemos que se trata de típico *conceito jurídico-positivo*. Assim, a confecção de contratos administrativos pelo Poder Público não é livre. Ao contrário. Toda ação estatal ou a não ação deve ser justificada *na lei* e por um *interesse público legítimo*. Então, a liberdade contratual da Administração Pública é um *instrumento para cumprir funções públicas, e não uma expressão da autodeterminação individual*.

Podemos antecipar, com base na definição mais básica de *contrato*, que se trata de um *acordo entre duas ou mais partes* que se destina a *criar uma relação jurídica vinculativa ou ter algum outro efeito legal*<sup>1256</sup>. O *contrato feito pelas pessoas jurídicas estatais não foge deste aspecto*, porque se trata de um negócio jurídico em que uma *entidade seja parte*, regido ou não pelo direito público. Assim, o contrato administrativo é um *ajuste de vontades* que pode ou não ser governado pelo direito privado dos contratos<sup>1257</sup>. A questão mais basilar enfrentada contemporaneamente consiste em avaliar se a concepção de “contrato administrativo” exige ou não a presença de um regime jurídico derogatório. Caso a resposta seja positiva, em que nível seria incidente este regime jurídico-administrativo?

Entendemos que o *contrato administrativo não deixa de ser contrato*<sup>1258</sup>, ou seja, os requisitos mínimos, ou melhor, os *elementos nucleares de qualquer contrato* (de direito civil, mercantil etc.) também estarão presentes aqui. A doutrina civilista<sup>1259</sup> divide os elementos nucleares deste instituto em dois grupos: *extrínsecos* (ou *pressupostos*) e *intrínsecos* (ou *requisitos*). Cada um destes grupos comporta subdivisões. Logo, todo o contrato administrativo possui:

- (a) *Elementos nucleares extrínsecos ou pressupostos*:
  - (a1) Capacidade das *partes*;
  - (a2) Idoneidade do *objeto*;
  - (a3) *Legitimação* para realizá-lo;
- (b) *Elementos nucleares intrínsecos ou requisitos*:
  - (b1) *Consentimento*<sup>1260</sup>;
  - (b2) *Causa*;

1256. Ainda que se note variações no conceito, inclusive contemporaneamente, a noção de contrato também em direito civil vem sendo discutida (COLLINS, Hugh. *The law of contract*. Great Britan: Lexis-nexis, 2003, p. 20 e ss.; NEGREIROS, Thereza. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 277 e ss.). Contudo, nenhuma destas concepções nega que o contrato seja um acordo de vontades a estabelecer uma relação jurídica. O que se discute, justamente, é, em linhas gerais, a função que o contrato vem a desempenhar no mercado (por todos: COLLINS, Hugh. *Op. Cit.*, p. 29).

1257. Em termos sintéticos, *regime jurídico* consiste em *um conjunto de regras e de princípios, em um todo harmônico, incidentes sobre determinado campo, categoria ou instituto do direito*. Por todos: CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, t. 1, 1998, p. 110.

1258. “A ideia de contrato aplica-se em todas as ramificações do Direito e abrange todas as figuras jurídicas que nascem dos concursos de vontades, seja qual for a sua modalidade ou sua eficácia”. Então: “[...] haverá contrato quanto nesta manifestação da vontade houver uma “coincidência de fundo entre as duas declarações” (GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 8).

1259. Por todos: GOMES, Orlando. *Op. Cit.*, p. 45.

1260. A consensualidade é um elemento nuclear de qualquer contrato. (RDA 88/25). Assim, ao menos na formação do vínculo, o consenso deve sempre existir. Contemporaneamente, especialmente diante da contratação em massa, o consenso na seara contratual passou a ser redefinido (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 99-102).

- (b3) *Objeto*;
- (b4) *Forma*.

Esses elementos, apesar de serem diversos teoricamente, na prática podem bem se confundir. De qualquer sorte, a existência de *no mínimo dois contratantes, de um objeto e da manifestação de vontade contratual* é pressuposto lógico de qualquer contrato<sup>1261</sup>. Além dos *elementos nucleares* mencionados, os contratos administrativos possuem alguns *elementos complementares* que são essenciais, ou seja, são requisitos básicos à sua definição como categoria de direito administrativo.

- (a) *Uma das partes contratantes é a Administração Pública*, nessa qualidade;
- (b) O *objeto do contrato* diz respeito à *concretização de uma atividade e/ou função de natureza administrativa*; e
- (c) Tal contrato é regido, no seu conteúdo, por *normas específicas de direito administrativo* (no seu núcleo há um “*regime derogatório do direito comum*”), ou seja, deve o contrato apresentar *cláusulas exorbitantes*.

Logo, podemos perceber que estes elementos completantes conferem ao contrato administrativo uma especificidade que o diferencia dos negócios jurídicos de direito privado<sup>1262</sup>. Queremos dizer, com isto, que há premissas lógico-jurídicas muito próprias a serem aplicadas neste âmbito.

Em termos objetivos, podemos dizer que as *cláusulas exorbitantes* ou o *regime derogatório* estabelecem *prerrogativas ou privilégios ao Poder Público*. O direito francês deu cabo de estruturar alguns *critérios* para definir as cláusulas exorbitantes:

- (a) Por primeiro, compreende serem cláusulas exorbitantes as *obrigações que não são suscetíveis de ser convencionadas de modo consensual entre as partes contratantes*, como ocorre no contexto das leis civis e comerciais<sup>1263</sup>;
- (b) Por conseguinte, são consideradas exorbitantes aquelas cláusulas que carregam consigo verdadeiro *exercício de uma prerrogativa de uma função pública (prerogatives de puissance publique)* – como o poder de sancionar o contratado, de rescindir a avença unilateralmente etc.<sup>1264</sup>;
- (c) Também são consideradas “exorbitantes” as cláusulas que são *incomuns nos acordos entre indivíduos* (por exemplo, o controle sobre os preços dos contratos, resultados financeiros etc.)<sup>1265</sup>.

1261. Nas palavras de Orlando Gomes (*Op. Cit.*, p. 10), *contrato* consiste, em apertada síntese, em um “[...] negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regularam”.

1262. “[...] formou-se a teoria de um contrato diferenciado do modelo privado, de um contrato em que a Administração dispõe de certas prerrogativas para assegurar o interesse público, sem que sejam sacrificados os interesses pecuniários do particular contratado. Embora a concepção de contrato administrativo fugisse à ideia de contrato, predominante nos séculos XVIII e XIX, não deixou de ser considerado contrato.” (ME-DAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 261).

1263. CE, 15 fev. 1935, *Société française de construction*.

1264. TC, 5 jul. 1999, *Union des groupements d'achats publics*.

1265. TC, 7 jul. 1980, *Société d'exploitation touristique de la Haute Maurienne*.

A perspectiva *francesa* entende que o Estado pode celebrar tanto *contratos administrativos* como *contratos de direito privado* (que chamará de “*contratos da administração*”). O Brasil parece adotar, em menos em termos de direito positivo, esta vertente. E isto não é novo, porque já na vigência do revogado art. 62, § 3º, inciso II, da Lei nº 8.666/93<sup>1266</sup> este entendimento era encampado pela legislação que tratava das licitações e contratos públicos.

## 2. CONTRATOS DE DIREITO PRIVADO

É possível que o Estado firme negócios jurídicos que se sujeitam integralmente ao direito privado. O direito público quiçá seria aplicado neste contexto, ou no máximo de modo acessório. A Lei nº 14.133/21 não faz menção a esta espécie de contratação, de modo que não poderia gerar efeitos nesta relação.

Esse tipo de negócio ocorre quando a Administração Pública é obrigada a se submeter a este tipo de pacto, sob pena de não contratar. São casos-limite em que o Poder Público só tem duas alternativas: ou pactua sob as regras dos contratos de direito privado, ou não faz o negócio. Pactuar sob as regras de direito público não é possível.

Um caso interessante em que isto aconteceu durante a pandemia causada pelo *Covid19*, em 2020, quando um fornecedor da vacina rejeitou a aplicação do regime jurídico-administrativo brasileiro, notadamente em relação ao fato de não se responsabilizar pelos efeitos causados pelo fármaco. A União então consultou o TCU se poderia contratar pelas regras impostas pelo fabricante, tendo a Corte dito que seria possível, em casos excepcionais, deixar de aplicar o regime jurídico-administrativo incidente: “Nesse cenário, considerando os riscos ainda desconhecidos e o grande desequilíbrio entre a situação de oferta e de demanda, entendo que não há óbice jurídico, a partir da ampliação da autonomia contratual concedida pelas Leis 14.121/2021 e 14.124/2021, a que o Estado Brasileiro aceite eventual cláusula limitadora de responsabilidade contratual das empresas fornecedoras, se esta condição estiver sendo praticada nos negócios firmados com os diversos países e for requisito intransponível para a aquisição do produto, ressalvados os limites expostos no capítulo V. (...) Não obstante, compreendo que, da mesma forma que a responsabilidade contratual, as partes podem promover um rearranjo dos riscos relacionados à eventual responsabilidade de natureza extracontratual, como forma de viabilizar o fornecimento de vacinas e evitar que as contingências, ainda incertas quanto à extensão, onerem demasiadamente o preço da contratação a ponto de torná-la inviável. (...) Essa realocação da matriz de riscos decorre, como visto, da excepcionalidade da situação concreta que se busca remediar, na qual o Estado não tem como usar suas potestades por estar, contingencialmente, em situação de inferioridade factual perante os detentores da tecnologia, in casu, os fabricantes de vacinas. Justamente por esse motivo, a relação contratual em análise se aproxima do ambiente de maior

1266. Lei nº 8.666/93, art. 68, § 3º, inciso II: “Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber: (...) II – aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público.”. Sobre o tema, consultar: DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. Comentários aos arts. 54 a 64 da Lei nº 8.666/93. In: PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres (Coord.). *Comentários ao sistema brasileiro de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: NDJ, 2016, p. 346.

autonomia dos contratos empresariais, sendo aceitável, no contexto descrito, a divisão de responsabilidades de natureza extracontratual em razão de vício do produto.”<sup>1267</sup>.

É certo que o cenário em que se decidiu o caso era excepcional e urgente, dada a necessidade de urgentemente frear o vírus que matava milhares de pessoas. Contudo, a “razão de decidir” deixa evidenciado que existem situações também extraordinárias em que o Estado não poderá impor a sua vontade.

### 3. DEFINIÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A Lei nº 14.133/21 inicia a disciplina jurídica dos *contratos administrativos* no art. 89. Previamente, tal legislação apenas definiu as figuras do *contratante* e *contratado* (art. 6º, incisos VII e VIII<sup>1268</sup>), sem fornecer um conceito legal de “contrato administrativo”<sup>1269</sup>, como o fez o revogado parágrafo único do art. 2º da Lei nº 8.666/93<sup>1270</sup>. Mas isto não impediu a lei de estabelecer uma disciplina específica sobre o tema. Logo, os negócios jurídicos administrativos advindos da aplicação da Lei nº 14.133/21 *seguirão as normas da lei geral de licitações e de contratos*, bem como *serão regidos pelas cláusulas previstas no edital do certame que deu origem ao negócio – princípio da vinculação ao instrumento convocatório*.

Além disso, os capítulos e seções precedentes que trataram de forma setorial e específica de inúmeras contratações (v.g. alienações, aquisições de produtos e de serviços, contratação de obras etc.) constituem *premissas normativas próprias em matéria de contratos administrativos*. Basta ver aquilo que está disciplinado em cada dispositivo da legislação ora analisada. Estas regras impõem que as licitações e os contratos que se pautam pela Lei nº 14.133/21 seguirão também as diretrizes normativas ali listadas. Sendo assim, uma interpretação sistemática deste manancial de regras pode levar à conclusão de que os contratos regidos pela Lei nº 14.133/21 seguem, mal ou bem, a concepção dogmática da doutrina francesa, que admite o regime de cláusulas exorbitantes.

Nesse contexto, deve-se alertar que há quem negue a existência do instituto dos “contratos administrativos”. Há, ainda, quem defenda que todos os contratos feitos pela Administração Pública são “contratos administrativos”. E há quem compreenda que tal categoria jurídica é espécie do gênero “contratos da Administração”, sendo que o Poder Público poderia firmar outros negócios jurídicos, além dos contratos ditos “administrativos”. Adotando o último entendimento, “*contrato administrativo*” é *um acordo voluntário de vontades, coexistentes no tempo, e que as pretensões dos contratantes não são paralelas, sendo que um dos polos do ajuste é ocupado pelo Estado, e o outro por um agente privado (entende-se que o ajuste feito entre duas pessoas jurídicas de direito público não configura contrato administrativo, mas, por exemplo, um convênio ou um consórcio). Tem por objeto a satisfação do interesse público e é disciplinado*

1267. TCU, acórdão nº 534/2021, Pleno.

1268. Conferir nossos comentários a estes dispositivos.

1269. E, de outro lado, também apenas conceituou o específico “contrato de eficiência” – art. 6º, inciso LIII, da Lei nº 14.133/21.

1270. Lei nº 8.666/93, art. 2º: “Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.”.

por um regime jurídico derogatório, o qual prevê cláusulas exorbitantes em favor da Administração Pública. Tais cláusulas franqueiam certas prerrogativas à Administração Pública em relação ao contratado, as quais estão previstas especialmente no art. 104 da Lei nº 14.133/21<sup>1271</sup>.

Partindo destas conclusões, podemos dizer que “*contrato da administração*” é categoria jurídica que engloba todos os ajustes firmados pela Administração Pública com particulares, estabelecendo obrigações recíprocas. Estão compreendidos entre os contratos da Administração, os contratos administrativos e os contratos privados da Administração, ou seja, aqueles que a lei disse que seguirão disposições próprias, e cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado.

A título de introdução, podemos citar a existência de alguns tipos de contratos muito comuns, francamente constituídos sob a égide do regime licitatório ora comentado:

- (a) *Contrato de obra pública*: é todo aquele negócio jurídico que tem por objeto uma construção, reforma ou ampliação de obra pública; a remuneração do contratado pode ser por feita por meio de *empreitada* (momento em que se paga preço certo e previamente fixado<sup>1272</sup>) ou por *tarefa* (onde se visualiza uma contraprestação devida na medida em que a obra vai sendo realizada) – conferir nossos comentários ao art. 46;
- (b) *Contrato de Serviço*: neste caso, tais avenças envolvem a *prestação de uma atividade pelo contratado*. São serviços que podem ser comuns ou técnico-profissionais (generalizados ou especializados). Neste último caso, a tarefa deve ser levada a cabo por profissionais de expertise específica. Enfim, exige-se que o objeto contemple o emprego de conhecimentos técnicos e científicos incomuns – esta espécie de contrato foi regulada setorialmente, nos arts. 47 a 50;
- (c) *Contrato de Fornecimento*: são os contratos de compra que preveem a aquisição de bens móveis pela Administração Pública. Trata-se da contratação de objetos que o Poder Público necessita empregar para manter ou executar os misteres administrativos – esta espécie de contrato foi regulada setorialmente, nos arts. 40 a 44.

O relacionamento entre o público e o privado não é de todo equânime, porque a relação contratual continua guiada pelo direito público, porque as prerrogativas em favor do Poder Público continuam existindo (art. 104 da Lei nº 14.133/2021). Então, há sim uma desigualdade de forças, apesar da tentativa do legislador em tentar tornar mais interessante esta relação. Até porque ambos os lados do contrato possuem interesse em firmar o ajuste. Saber se um contrato administrativo é unilateral, de adesão ou relacionado a qualquer outra teoria que pretenda explicar sua natureza jurídica parece ser uma pretensão pouco pragmática – ao menos para os termos desta obra. O que nós e boa parte da comunidade jurídica chama de “contrato administrativo”, para os limites da presente lei geral, consiste em um negócio com características próprias e inconfundíveis, e que se presta a ser um ajuste em que o Estado e um particular pretendem estabelecer

1271. Por trás das cláusulas exorbitantes há a ideia do *interesse público*.

1272. O regime de empreitada pode ser feito de vários modos, as quais foram analisadas quando comentamos o art. 6º, incisos XXVI, XXVII, XXVIII etc., e o art. 46, todos da Lei nº 14.133/21.

mútuas prestações. Há parcela do conteúdo do contrato regido por atos unilaterais da Administração Pública, e outra parcela do conteúdo que é constituída por puro consenso e que sequer pode ser modificada unilateralmente por uma das partes.

São contratos em que se pretende conseguir a colaboração do particular para fornecer bens, serviços, obras ou para se perfazer uma locação ou alienação. Não se confundem com os contratos de delegação, os quais têm por objeto autorizar que um particular exerça competências do Estado, como é o caso clássico das concessões e permissões de serviço público regidas pela Lei nº 8.987/1995.

Os contratos administrativos regidos pela Lei nº 14.133/2021 não necessariamente dependem de licitação, porque podem ser feitos diretamente, nos casos, por exemplo, de dispensa e de inexigibilidade – arts. 74 e 75, respectivamente.

#### 4. INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Em relação à *interpretação dos contratos*, dois cânones hermenêuticos são relevantes: um em relação ao objeto, e outro em relação ao sujeito. Por exemplo: *dá-se mais valor à intenção do sujeito do que àquilo que foi escrito*; ou: o sentido dos negócios deve ser interpretado de modo representativo naquilo que for possível. Assim, há uma máxima que entende que os negócios jurídicos devem ser interpretados de acordo com o seu todo. Enfim, uma cláusula negocial não pode ser dissociada do seu todo, sob pena de não fazer sentido: “*salvis verbi legis, sententiam eius circumvenit*” representa a máxima da *totalidade* ou da *coerência*<sup>1273</sup> no âmbito dos contratos.

##### 4.1. Fontes

Queremos dizer, inicialmente, que, no tema dos contratos, existem *premissas interpretativas* que são *estruturantes*. O art. 89 “*caput*” da Lei nº 14.133/21, ao inaugurar a disciplina jurídica dos *contratos administrativos*, estabelece uma série de *fontes interpretativas*<sup>1274</sup> deste assunto. Em resumo, delimita quais são as *fontes primárias* ou *principais* e as *secundárias* ou *subsidiárias*.

- (a) *Fontes primárias* ou *principais*: cláusulas contratuais e preceitos de direito público (regras e princípios de direito público);
- (b) *Fontes secundárias* ou *subsidiárias*: princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado (v.g. Título V (Dos contratos em geral) do Livro I da Parte Especial do Código Civil).

1273. A correlação entre as partes e o todo responde a uma necessidade de se estabelecer coerência e síntese, ou, em outras palavras, na necessidade de ambos se entenderem, formando o “círculo de reciprocidade”. Assim, a coerência tende a fornecer uma compreensão de todas as partes em relação ao todo, fazendo com que se estabeleça um sentido nesta inter-relação. Podemos tomar por base um exemplo simples: qualquer regra jurídica faz parte de um todo (do ordenamento em que é inserida) e, em assim sendo, deverá fazer sentido com este mencionado “todo”. Há, aqui, verdadeira correlação orgânica interna e externa, neste último caso, em relação a outros sistemas jurídicos.

1274. A interpretação é uma ação, cujo objeto é o entendimento de algo, ou seja, uma ação que vem a deixar algo inteligível. Por isto que se impõe do intérprete que o faça de modo objetivo, a fim de se conseguir a mais possível fiel reprodução da realidade. Contudo, esta ação não deixa de ter certo grau de subjetividade.

(1) Quanto às *fontes principais*, cabe referir que existem *cláusulas contratuais obrigatórias* ou *necessárias*, ou seja, que devem constar em todo o contrato administrativo, conforme dispõe, por exemplo, o próprio art. 89. E existem disposições que são inseridas no negócio de modo facultativo. Ambas as cláusulas são fontes primárias da interpretação contratual, como corolário da “força obrigatória de um pacto”<sup>1275</sup>. As cláusulas contidas em um contrato são “*direito entre as partes*”, e o não cumprimento das respectivas obrigações implica a quebra do que foi pactuado. Até porque se assume as obrigações acordadas, segundo a vontade manifestada<sup>1276</sup>. O descumprimento das cláusulas contratuais atrai o regime de sanções previsto na Lei nº 14.133/21 (art. 156).

De outro lado, ainda quanto às *fontes principais* ou *primárias da interpretação dos contratos públicos*, convém dizer que devem ser preservadas as normas de direito público incidentes, especialmente àquelas dispostas na Lei nº 14.133/21, ora comentada. E, em assim sendo, todas as premissas envolvendo a *interpretação do direito público*, especialmente disciplinadas nos arts. 20 a 30 da *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB* (com a alteração dada pela Lei nº 13.655/18), devem ser aplicadas à espécie<sup>1277</sup>. Basta ver, por exemplo, o disposto no art. 21, que incide diretamente nos contratos administrativos<sup>1278</sup>.

Em resumo, há de se considerar que a aplicação das regras de direito público possui alcance em três esferas de destinatários de suas normas: administrativa, controladora e judicial. Há determinação de que as decisões proferidas nestes nesses três âmbitos não somente levem em conta, mas que sejam determinantes: (1) as consequências reais da decisão; (2) os fatores reais que envolvem a mencionada decisão, como sua operacionalização no mundo real.

Além disso, *deve se promover a fixação de parâmetros objetivos de segurança jurídica, eficiência e participação do cidadão nas decisões exaradas especialmente na esfera administrativa*, impondo-se a ampliação da motivação das condutas administrativas, em razão da elevação do ônus argumentativo que impôs às decisões relacionadas com a interpretação e revisão de condutas administrativas, suas consequências, as regras de transição e responsabilização de agentes públicos.

1275. Pode ser fundamentada essa “força” na máxima do *pacta sunt servanda* (“os pactos assumidos devem ser respeitados” ou mesmo “os contratos assinados devem ser cumpridos”).

1276. O art. 17 do Decreto-lei nº 4.657/42 (*Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*) prevê que as declarações de vontade não terão eficácia no Brasil quando ofenderem aos bons costumes e à soberania nacional.

1277. Tratamos do tema em: HEINEN, Juliano e MAFFINI, Rafael. 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. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: FGV, v. 277, nº 3, set.-dez. 2018, p. 247-278.

1278. Decreto-lei nº 4.657/42 (*Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*): “Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresse suas consequências jurídicas e administrativas. Parágrafo único. A decisão a que se refere o *caput* deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.”

(2) As fontes jurídicas de interpretação dos contratos públicos ditas anteriormente como sendo *secundárias* ou *subsidiárias* estabelecem que o regime contratual de direito privado seria aplicado apenas de modo secundário e/ou subsidiário no âmbito do regime geral, na linha do que dispõe o art. 89 “caput” da Lei nº 14.133/21. Diante da dicção desse dispositivo, podemos concluir que a aplicação do regime jurídico de direito privado<sup>1279</sup> não é de todo eliminada, mas *referenciado somente quando o regime próprio dos contratos administrativos não der conta de dispor sobre determinada matéria.*

Algumas premissas poderiam ficar ainda mais claras na lei, auxiliando uma razoável interpretação dos contratos administrativos. Por exemplo: primeiramente, deveria ser avaliado o *elemento subjetivo do negócio*, ou seja, quem são as partes envolvidas. Enfim, deve ser avaliado se há uma *assimetria de informação entre os contratantes*, de acordo com a situação das partes. De outro modo, deve-se *perceber se está diante de uma determinação normativa ao dever de informação*, ou seja, *qual o direito que dá base à relação negocial*<sup>1280</sup>.

O certo é que, quanto maior for a assimetria da informação, maior será o dever da parte que detém os dados de entregá-los ao outro contratante. Contudo esta assimetria, por vezes, não é visível. Exemplo: se a relação envolve risco (exemplo: seguro, mercado de ações etc.), se a relação é paritária (exemplo: relações de consumo, contratos mercantis com disparidade técnica entre as partes etc.), tipo de contrato e a fase da relação contratual etc.

A ideia de *coligação contratual*, inerente ao mundo empresarial, pode ser facilmente vivenciada no âmbito jurídico-administrativo. Exemplo: uma simples aquisição pode estar coligada a um mútuo. Um contrato de fornecimento pode estar coligado a um contrato de transporte, que estaria coligado a um contrato de seguro desta carga etc. A interpretação, validade e eficácia dos contratos coligados devem se voltar à finalidade do negócio complexo. Então, a maior ou menor implicação da coligação terá efeitos essenciais nestes três âmbitos. Logo, a realidade negocial influencia em muito a validade, a eficácia e a interpretação dos contratos coligados<sup>1281</sup>.

Em resumo, o intérprete deve *compatibilizar os interesses das partes*. Há uma finalidade supracontratual que deve guiar os contratos, e isto se reflete na interpretação dos ajustes.

#### 4.2. Teleologia e sistematicidade da Lei nº 14.133/2021

De outro lado, o art. 89 dispõe que o contrato administrativo estabelece uma *relação jurídica de direitos e deveres*. Essa relação ou o conteúdo do pacto é regido em parte pela lei – quando estabelece uma série de cláusulas necessárias – e parte pela autonomia de vontade das partes. Entendemos que as obrigações ajustadas não podem contrariar a lei. É como se o art. 89 assim dissesse: “os contratos são regidos

1279. Parte Especial do Livro I do Título V: “Dos Contratos em Geral”, do Código Civil.

1280. Os elementos fáticos objetivos induzem a saber se há ou não elementos para se impor o dever de informar: se a parte deteve dever de cuidado na hora de contratar, se o caso concreto revelava a necessidade de se trazer dados fáticos etc.

1281. STJ, REsp. nº 985.531-SP, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convidado), 3ª Turma, j. 01/09/2009: a unidade de interesses é essencial em termos de contratos coligados.

pela lei e pelas suas cláusulas, desde que não contrariem o regime jurídico (...)”. Pensar diferente é virar às costas a um dos institutos mais basilares do direito administrativo: a legalidade (com assento no art. 37, “caput”, da CF/88). Esse é o primeiro ponto: não se pode admitir cláusulas contratuais que sejam *contra legem*<sup>1282</sup>.

Contudo, a Lei nº 14.133/2021 parece que franqueou uma maior liberdade ao gestor na formulação dos contratos, ampliando os limites da discricionariedade negocial. E esta segunda premissa não nega a anterior (ao contrário), porque a esta margem de oportunidade e conveniência é admitida pela própria legislação. Entendemos que as competências administrativas podem até mesmo ser reguladas pelas disposições do contrato administrativo. Por exemplo: o incentivo à adoção da alocação de risco por meio de uma matriz (arts. 22 e 103) e a requalificação da ideia de equilíbrio econômico-financeiro a partir da distribuição contratual das cargas a serem suportadas é uma prova desta maior versatilidade.

## 5. CLÁUSULAS OBRIGATÓRIAS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A Lei nº 14.133/21 estabeleceu uma série de cláusulas contratuais que devem ser inseridas e previstas nos negócios jurídicos regidos por tal norma. A adoção de tais cláusulas contratuais, adicionadas aos cuidados e providências prévias à assinatura do ajuste visam a evitar fraudes ou execução inadequada do pacto. O § 1º do art. 89 determina que todo contrato deve mencionar:

- (a) Os *nomes das partes* e os *de seus representantes* – a incorreção destes dados não necessariamente importará na nulidade do negócio jurídico;
- (b) A *finalidade*;
- (c) O *ato que autorizou sua lavratura*;
- (d) O *número do processo da licitação* ou da *contratação direta*; e
- (e) A *sujeição dos contratantes às normas* da Lei nº 14.133/21 e às *cláusulas contratuais*.

O art. 89, § 1º, da Lei nº 14.133/21 estabelece, então, uma série de *disposições contratuais obrigatórias* que, de certo modo, são típicas e naturais de qualquer negócio jurídico-administrativo. E essas disposições devem ser *somadas a outras cláusulas necessárias*, determinadas em outras regras da Lei nº 14.133/21, como, por exemplo, aquelas listadas no art. 92, ou no § 7º do art. 25 da Lei nº 14.133/21, o qual determinou que nas licitações, indiferentemente do prazo de execução, é obrigatória a previsão no edital de índice de reajustamento com data-base vinculada àquela da apresentação da proposta. E o § 8º do mesmo art. 25 previu *cláusula de reajuste obrigatório em contratos que tenham por objeto serviços contínuos*.

Cabe dizer ainda que o instrumento do contrato administrativo pode ser formalizado posteriormente ao início da sua execução em casos extremados ou urgentes, como em situações de emergência (art. 75, inciso VIII). É claro que estas seriam situações por deveras excepcionais<sup>1283</sup>.

1282. Às vezes devemos dizer o óbvio, pedindo desculpas ao leitor.

1283. TCU, Acórdão nº 2.049/2010, Pleno.

## 6. CONTEÚDO DAS CLÁUSULAS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Não satisfeita em listar uma série de cláusulas necessárias a serem inseridas nos contratos administrativos, a Lei nº 14.133/21 pretendeu estabelecer *como essas disposições contratuais devem ser estruturadas ou redigidas* (art. 89, § 2º). Por exemplo, os contratos devem estabelecer *com clareza e precisão as condições para sua execução*, a fim de se evitar qualquer interpretação diferente. Contratos com cláusulas dúbias ou obscuras prejudicam a sua execução, por potencializar diferentes interpretações ou dificuldades em saber se o ajuste foi realmente cumprido. E isso não é adequado em termos, por exemplo, de segurança jurídica.

Aliás, nesse aspecto, podemos dizer que, no mais das vezes, o contrato é um reflexo do termo de referência, do planejamento da aquisição, do edital etc. De modo que as falhas nesses documentos ou nesse processo podem ser replicadas ao contrato.

Assim, as cláusulas contratuais devem ser suficientemente precisas, e devem definir com objetividade *os direitos, as obrigações e as responsabilidades das partes*, em conformidade com os termos do edital de licitação e da proposta vencedora, ou de acordo com os termos do ato que autorizou a contratação direta e da respectiva proposta.

## 7. CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A *classificação dos contratos administrativos* regidos pela Lei nº 14.133/2021 é relevante porque, a depender da espécie de ajuste, incidem uma série de efeitos jurídicos. Ademais, a mencionada classificação se ancora em uma série de critérios, notadamente relacionados ao *objeto que se está a contratar*. A atual *Lei Geral de Licitações e Contratos* fez uma extensa classificação dos objetos a serem contratados, o que, por consequência, gera diversas espécies de contratos – e muito disto ficou conceituado ao longo do art. 6º. Confira:

<b>(a) Manifestação de vontade</b>	(a1) Unilateral: contrato que somente possui obrigações a uma das partes, como a doação sem encargo
	(b2) Bilateral: contrato que possui obrigações para ambas as partes
<b>(b) Receita ou despesa</b>	(b1) Desembolso: contrato que possui cláusula de pagamento, ou seja, o Poder Público deverá desembolsar recursos ao privado contratado
	(b2) Receita – contrato que gera recursos ao poder público, como um contrato de permissão ou concessão de uso público. Essa diferenciação possui relevância ao prazo do ajuste, conforme dispõe o art. 110
<b>(c) Valor do objeto a ser contratado</b>	(c2) Grande vulto: são as obras, serviços e fornecimentos, cujo valor estimado supera R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais);
	(c1) Pequeno vulto: possui objeto abaixo do valor mencionado. Essa diferenciação importa, porque os contratos de grande vulto devem a deter matriz de risco (art. 22, § 3º); implantar de programa de integridade (art. 25, § 4º); possibilidade de impor garantia diferenciada (art. 99) etc.

<b>(d) Especialidade do objeto</b>	(d1) Comuns: são homogêneos e podem ser descritos por meio de especificações usuais de mercado;
	(d2) Especiais: são heterogêneos e não podem ser assim descritos. Importa esta diferenciação para a escolha do procedimento (art. 28), do critério de julgamento (art. 33), modo de disputa (art. 56, § 1º e 2º) etc.
<b>(e) Continuidade ou não</b>	(e1) Contratos contínuos: aqueles em que o tempo é um elemento nuclear dos contratos – exemplo: serviços contínuos
	(e2) Contratos não contínuos ou por escopo: são contratos que se protraem no tempo, mas sua duração não é um elemento nuclear. Aliás, eles só duram no tempo, porque não se consegue entregar a coisa antes. Exemplo: obra ou o contrato por escopo. O que se quer é a obra ou o objeto, que não se consegue fornecer imediatamente (“de uma hora para outra”). Essa distinção importa para a fixação de garantias, prazo do ajuste e fatores de equilíbrio econômico-financeiro
<b>(f) Pessoalidade</b>	(f1) Não personalíssimo: não é relevante quem está a executar o contrato, desde que o objeto seja entregue conforme pactuado
	(f2) Personalíssimos: são contratos que, pelas características do contratado ou peculiaridades da prestação, devem ser prestados necessariamente por um determinado sujeito. Exemplo: contratação de um cantor famoso. Importa a distinção por questões de responsabilidade contratual ou inexigibilidade

Veja que muitas outras classificações poderiam ser feitas. O certo é que a realidade imporá uma série de espécies ou formas de contratações que dificilmente serão abarcadas por todas as classificações possíveis. É dizer: a figura dos *contratos atípicos* é uma realidade que a Administração Pública deverá necessariamente enfrentar. Aliás, nem todos as contratações administrativas terão exata previsão legal. A autorização para negociar deve ter lastro na lei, mas os modelos contratuais não estarão exaustivamente tutelados pelas regras jurídicas. Exemplifico: as novas tecnologias imporão uma série de inéditas prestações de serviço. Logo, a Lei nº 14.133/2021 autoriza contratações “de serviço”, mas não lista quais seriam exatamente elas, o que, convenhamos, seria contraproducente formatar tal lista na lei.

Também nada impede que os contratos típicos sejam fundidos para formatar fornecer uma solução à necessidade pública. Volto às novas tecnologias: imagine que se adquira um produto em constante inovação. Poder-se-ia pactuar que o contratado fornecesse o bem com a mais alta tecnologia hoje disponível e, com o tempo, caso se produzissem novas funcionalidades, estas deveriam ser repassadas ao conhecimento do Estado ou ensinadas.

**Art. 90.** A Administração convocará regularmente o licitante vencedor para assinar o termo de contrato ou para aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo e nas condições estabelecidas no edital de licitação, sob pena de decair o direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei.