

Nota Técnica nº 05/2019

PAAF nº 0024.18.021522-0

Requerente: 5ª Promotoria de Justiça da Comarca de Sete Lagoas.

Ementa: Breves considerações sobre contratos administrativos. Da técnica de formação de contratos e dos contratos de adesão. Contratos de adesão e a exegese do artigo 54, inciso I, alínea “a” da CR/88: a questão das cláusulas uniformes. Precedentes judiciais. Existência de margem de negociação de cláusulas dos contratos administrativos. Incidência da vedação

1) RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada pela 5ª Promotoria de Justiça da Comarca de Sete Lagoas, solicitando orientação deste Centro de Apoio Operacional acerca de suposta irregularidade na celebração de contrato de permissão para prestação de serviços de transporte público rodoviário de passageiros.

De acordo com as informações prestadas, o Ministério Público determinou a instauração do Inquérito Civil n. MPMG-0672.09.000228-4, tendo em vista a notícia de que o vereador Marcelo Pires Rodrigues, eleito no pleito de 2009, recebera no ano de 2002 permissão para explorar uma das linhas de transporte público alternativo, outorgada em razão da concorrência pública nº 001/2002. Após as diligências de praxe, expediu-se recomendação sugerindo a rescisão do contrato, em razão dos impedimentos constitucionais e legais afetos à matéria. Referida recomendação fora acatada,

havendo a rescisão unilateral do contrato, com fulcro no artigo 78, inciso XVII, da Lei nº 8.666/93, acarretando o arquivamento do feito.

Ainda conforme os autos do presente Procedimento de Apoio à Atividade Fim, em 20 de abril do ano de 2018, a Administração Pública Municipal reviu aquele ato rescisório e tornou a permitir que o aludido vereador voltasse a explorar a antiga linha de transporte alternativo, sob a alegação de que, nos termos do artigo 40 da Lei n. 8.987/95, tal contrato configuraria “contrato de adesão”, pelo que não incidiriam as vedações contidas nos textos constitucionais e na lei orgânica municipal.

Diante desse cenário, questiona o órgão de execução ministerial se os contratos firmados entre permissionários de transporte público coletivo são considerados, de fato, contratos de adesão e se sobre tais contratos incidiriam as vedações contidas no artigo 54, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal e no artigo 175, § 3º, da Constituição do Estado de Minas Gerais.

É, em síntese, o relatório.

2) FUNDAMENTAÇÃO

2.1 – Breves considerações sobre contratos administrativos. Da técnica de formação de contratos e do contrato de adesão.

Na concepção de Marçal Justen Filho³⁴ existe certa propensão à contratualização da atividade administrativa em virtude do alargamento e da expansão dos limites do conceito de Estado Democrático de Direito. Efetivamente, verifica-se

³⁴ “A doutrina aponta uma tendência à contratualização da atividade administrativa como reflexo da ampliação dos limites do conceito de Estado Democrático de Direito. Como todo poder emana do povo, o exercício das competências públicas torna-se cada vez mais sujeito à negociação com a comunidade. Assiste-se a um fenômeno muito peculiar, consistente na organização da sociedade civil. (...). Os poderes públicos deixam de ser exercitados autoritariamente e a democracia manifesta-se como concordância das decisões públicas com os interesses concretos da comunidade. (...). Daí a crescente importância do instrumento contratual, que tende a substituir amplamente as figuras unilaterais.” (itálicos no original) JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 155.

como uma das tendências na Gestão Pública Contemporânea a crescente importância dos contratos que, paulatinamente, assumem caráter estratégico na consecução dos objetivos de interesse público.

Nesse contexto, cumpre-nos aduzir, inicialmente, que há uma importante dicotomia a ser rememorada. Trata-se da distinção entre contrato administrativo e contratos privados da Administração (ou, simplesmente, contrato da Administração).

A expressão Contratos da Administração, conforme pontifica Maria Sylvia Zanella di Pietro, “é utilizada, em sentido amplo, para abranger todos os contratos celebrados pela Administração Pública, seja sob o regime de direito público, seja sob o regime de direito privado”³⁵. Toca, portanto, a um gênero que compreende quaisquer contratos pactuados pela Administração Pública.

Com efeito, é importante dar nota de que ao Estado é permitido celebrar pactos que não lhe proporcionarão o gozo das prerrogativas de Poder Público, tais como os contratos de compra e venda e os contratos de locação. Por certo, haverá influências oriundas do Direito Público nesses negócios, conquanto predomine as normas de Direito Privado (a propósito, lembremo-nos que os contratos da administração, ainda que privados, devem respeitar as regras de licitação).

De outra sorte, alguns outros contratos, por constituírem forma de promoção direta do interesse público, legitimam o advento e a concretização de um conjunto de prerrogativas em favor do Estado contratante. Nesse aspecto, a maioria da doutrina tem sustentado que o Contrato Administrativo (em sentido estrito) é uma espécie de contrato da administração, dotado de caráter singular e exorbitante do direito comum, apto a atrair a disciplina jurídica diferenciada a essa categoria contratual.

Alexandre Mazza, sintetizando os conceitos conferidos pela doutrina clássica, dispõe que contrato administrativo é “o **ajuste estabelecido entre a Administração Pública, agindo nessa qualidade, e terceiros, ou somente entre entidades**

administrativas, submetido ao regime jurídico-administrativo para consecução dos objetivos de interesse público”³⁶.

Assim, os contratos administrativos são as manifestações de vontade entre, de um lado, o Poder Público e, de outro, uma ou mais pessoas, tendo em vista a celebração de um negócio jurídico cujo propósito maior é a efetivação de um fim coletivo. Para tanto, defere-se à Administração Pública atuar com todas as prerrogativas que derivam da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado. Bem por isso, “aplicam-se ao contrato administrativo todas as considerações realizadas a propósito do ato administrativo, atinentes à **vontade funcionalizada** do exercente da atividade administrativa”³⁷.

Com efeito, dispõe o art. 54 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, que:

Art. 54. 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.

§ 1º Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam. (...).

Assim, o Regime Jurídico aplicável aos contratos administrativos é diferenciado, uma vez que é regido, primacialmente, pelos preceitos de Direito Público, embora incidam, em caráter supletivo, as disposições do Direito Privado.

O regime jurídico dos contratos entre particulares é completamente diferente do regime jurídico dos contratos celebrados pela Administração Pública. Enquanto os particulares podem fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, a Administração somente pode fazer aquilo que a lei determina. Os interesses privados são disponíveis,

35 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 260.

36 MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 425.

37 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 435.

mas os interesses públicos são indisponíveis. Os particulares escolhem livremente seus contratantes, **mas a Administração não tem liberdade de escolha.** Os particulares negociam livremente os termos contratuais, **mas a Administração somente pode contratar nos termos da licitação que precedeu o contrato e com estrita observância dos termos e condições contratuais estabelecidos em lei.** ³⁸ (Destaques nossos).

De modo geral, no que tange às características e classificação dos contratos administrativos, a doutrina autorizada declara que os contratos administrativos são formais (como regra, devem ser escritos), personalíssimos (em regra, são celebrados *intuitu personae*, em virtude da necessária existência de “confiança recíproca” entre os contratantes), bilaterais (há obrigações para ambas as partes), comutativo (normalmente existe equivalência entre as obrigações das partes contratantes), mutáveis (afastando-se do preceito “*pacta sunt servata*”, a legislação autoriza a Administração Pública a modificar unilateralmente os contratos). Por fim, a doutrina considera que os contratos administrativos se enquadram na categoria dos denominados contratos de adesão, em razão do princípio da Supremacia do Interesse Público. Leon Frejda Szklarowsky explica que:

Os contratos públicos, entre os quais se destacam os celebrados com a Administração Pública, dadas as prerrogativas desta, que impõe as condições e cláusulas unilateralmente, caracterizam-se como verdadeiros contratos de adesão. Sílvia Rodrigues registra que, nesses contratos, a fase inicial de debates e transigência fica eliminada, pois que “uma das partes impõe à outra, como um todo, o instrumento inteiro do negócio que esta em geral não pode recusar”. Washington de Barros Monteiro, abeberando-se em Josserand, discursa, com real grandeza, que, nos contratos de adesão, não ocorre a liberdade de discussão das cláusulas, predominando apenas a igualdade jurídica. Uma das partes impõe a sua vontade à outra. Em seu magistério, sentencia que “há neles uma espécie de contrato-regulamento, previamente redigido por uma das partes, e que a outra aceita ou não; trata-se de um clichê contratual, segundo as normas de rigorosa standardização, elaborado em série” (...).³⁹

38 DALLARI, Adilson Abreu. **Contrato regido por Cláusulas Uniformes**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45738/47290>. Acesso em 13 de fevereiro de 2019.

39 SZKLAROWSKY, Leon Frejda. **Interpretação dos**

Para a Administração Pública, o termo de contrato é a formalização, a explicitação e a sistematização de algo já contido na licitação e na lei. Na prática, usualmente, os órgãos e entidades da Administração Pública, no momento da redação dos termos de contratos, com quaisquer contratantes, costumam valer-se de um modelo ou minuta padrão, uma fórmula preestabelecida, em síntese, um virtual “formulário” cujos claros são preenchidos com os dados específicos de cada contrato, com rigorosa observância daquilo que resultou da licitação. Nem os claros são preenchidos livremente. O mais importante, porém, é que os termos e condições do contrato administrativo são necessariamente aqueles determinados pela lei. Confira-se o disposto no Decreto-lei nº 2.300/86, cujo art. 45 já determina quais são as cláusulas necessárias a todos os contratos administrativos, e cujo art. 48 já descreve quais são as prerrogativas da Administração, as quais são imediatamente eficazes, independentemente de terem sido ou não referidas no instrumento de contrato.⁴⁰ (Negrito nosso).

A princípio, é imperioso gizar que o contrato de adesão não é tipo ou espécie contratual autônoma. Trata-se, efetivamente, de técnica de formação de contrato, aplicável a quaisquer categorias de contratos, desde que presentes as seguintes características: (i) predisposição das cláusulas (ii) unilateralidade e (iii) rigidez. Nos contratos de adesão o poder de negociação de uma das partes é consideravelmente relativizado. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal⁴¹, citando Ana Prata, explicam que

O contrato de adesão [é] aquele cujo conteúdo clausular é unilateralmente definido por um dos contraentes que o apresenta à contraparte, não podendo esta discutir qualquer das suas cláusulas: ou aceita em bloco a proposta contratual que lhe é feita, ou a rejeita e prescinde da celebração do contrato.

contratos administrativos. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/543/r144-15.PDF?sequence=4>. Acesso em 13 de fevereiro de 2019.

40 DALLARI, Adilson Abreu. **Contrato regido por Cláusulas Uniformes**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45738/47290>. Acesso em 13 de fevereiro de 2019.

41 FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: contratos I**. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 103.

Examinando sob essa ótica, depreende-se o porquê da doutrina administrativista classificá-lo como contrato de adesão: considera-se, além da posição preponderante da Administração Pública, que todas as cláusulas contratuais são fixadas prévia e unilateralmente de modo a inexistir possibilidade para que o contratado negocie inovações. É dizer: o contrato administrativo armazena, em seu núcleo, cláusulas uniformes.

Vale ressaltar que esse é o posicionamento da doutrina. Nada obstante, é possível colher da jurisprudência considerações outras, mais cirúrgicas e verticalizadas, em maior grau consentâneas ao quadro juspolítico contemporâneo, como se verá mais adiante.

2.2 – Contratos de adesão e exegese do artigo 54, inciso I, alínea “a” da CR/88.

Todo comportamento humano prescrito ou proibido por uma norma jurídica somente assim o é em razão de um objetivo a ser alcançado ou de um valor a ser realizado. Dessa maneira, interpretar a lei não é simplesmente conhecer suas palavras, mas sim seu espírito.

Nessa perspectiva, a incompatibilidade negocial dos parlamentares é inculpada pelo artigo 54 da Constituição da República de 1988, que determina:

Art. 54. Os Deputados e Senadores não poderão:

I – desde a expedição do diploma:

a) **firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes;**

b) aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado, inclusive os de que sejam demissíveis “ad nutum”, nas entidades constantes da alínea anterior;

II – desde a posse:

a) ser proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada;

b) ocupar cargo ou função de que sejam demissíveis “ad nutum”, nas entidades referidas no inciso I, “a”;

c) patrocinar causa em que seja interessada qualquer das entidades a que se refere o inciso I, “a”;

d) ser titulares de mais de um cargo ou mandato público eletivo. (Negrito nosso).

O impedimento de firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes, tem por finalidade inibir que o parlamentar seja, de alguma maneira, beneficiado com vantagens ou com condições distintas daquelas ordinariamente dirigidas a outras pessoas. Justamente por isso o constituinte incisivamente determinou:

Art. 27. O número de Deputados à Assembleia Legislativa corresponderá ao triplo da representação do Estado na Câmara dos Deputados e, atingido o número de trinta e seis, será acrescido de tantos quantos forem os Deputados Federais acima de doze.

§ 1º Será de quatro anos o mandato dos Deputados Estaduais, **aplicando-se-lhes as regras desta Constituição sobre** sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, **impedimentos** e incorporação às Forças Armadas. (Destacamos).

Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: (...).

IX – proibições e incompatibilidades, no exercício da vereança, similares, no que couber, ao disposto nesta Constituição para os membros do Congresso Nacional e na Constituição do respectivo Estado para os membros da Assembleia Legislativa; (Renumerado do inciso VII, pela Emenda Constitucional nº 1, de 1992). (Destacamos).

Prevalece o entendimento de que a vedação tem fundamento na incompatibilidade lógica entre a típica função fiscalizadora desempenhada pelo Poder Legislativo e a concomitante condição de parte em contratos celebrados com a Administração Pública, sobre a qual recai reportada função de fiscalização.

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...)

X – fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os **atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta.** (Grifo nosso).

Qual o significado de “cláusula uniforme”? **Uniforme é o conteúdo contratual que deixa pouquíssimo espaço à manifestação da autonomia privada negocial dos contratantes.** Assim, quando o indivíduo celebra contrato de financiamento dirigido à aquisição de moradia própria, o contrato que assina não difere em nada dos milhares de centenas de contratos subscritos por diversas outras pessoas. Vedar-se-ia, no caso, a parlamentar a celebração do mencionado contrato? É óbvio que não. O telos da norma constitucional se propõe a impedir que Deputado e Senador, prevalecendo-se de tal condição, direcionem o conteúdo do contrato para incorporar cláusulas que originem alguma espécie de benefício que, de ordinário, não é destinado aos demais contratantes.⁴² (Destaque nosso).

Pois bem!

Exatamente por serem admitidos pela doutrina como contrato de adesão, que há posições no sentido de que os contratos administrativos equivaleriam aos “contratos com cláusulas uniformes”, haja vista que suas disposições seriam predeterminadas e idênticas para quaisquer contratantes. Respeitosamente, não parece ser essa a logicidade hermenêutica do dispositivo.

Ora, se partimos da premissa de que todo contrato administrativo obedece a cláusulas uniformes, forçosamente seremos levados à conclusão de que qualquer parlamentar poderá celebrar, com a Administração Pública que ele

próprio deve fiscalizar, contrato administrativo para prestação de serviços ou fornecimento de bens, desde que precedido de licitação.

Contudo, é exatamente neste cerne que se mostra providencial a seguinte indagação: **tal conclusão não estaria a contrariar a inteligência que inspirou a vedação insculpida no artigo 54, I, da CR/88?**

Conquanto a redação do artigo 54, I, da CR/88 não seja tão zelosa em relação ao alcance do comando, mormente no que diz respeito à definição da expressão “cláusulas uniformes”, é imprescindível que a exegese conferida pelo intérprete não torne **infecunda** a razão de ser desse citado preceito constitucional, como se passa a expor.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina brilhantemente já enfrentou a celeuma, construindo uma das melhores reflexões já produzidas sobre a temática. Vejamos.

O Grupo de Câmaras de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em decisão uniformizadora e vinculante, proferida no Incidente de Assunção de Competência n. 0300316-12.2017.8.24.0256/50000, definiu a proibição de participação de empresa que tenha parlamentar como sócio em processo licitatório com a Administração Pública. De acordo com a Corte, **existe uma margem negocial, ainda que limitada, entre o licitante e a administração pública, no preço e no prazo, nos contratos firmados em processos licitatórios.** É a ementa do precedente:

INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA. RESTRIÇÃO AOS PARLAMENTARES EM CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EXCEÇÃO PREVISTA NA PARTE FINAL DO ART. 54, I, 'A', DA CF/88. INTERPRETAÇÃO DA RESSALVA QUANTO AOS CONTRATOS QUE OBEDECEM A CLÁUSULAS UNIFORMES. EFETIVO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIO. NECESSÁRIA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DOS BENS JURÍDICOS TUTELADOS NA ESPÉCIE. VEDAÇÃO DESTINADA A GARANTIR A INDEPENDÊNCIA DO PODER LEGISLATIVO E SALVAGUARDAR A MORALIDADE E A IMPESSOALIDADE NA ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO. REGRA VOLTADA A IMPEDIR A POTENCIAL INFLUÊNCIA DO PARLAMENTAR EM CONTRATAÇÕES PÚBLICAS. EXCEÇÃO RESTRITA, PORTANTO, ÀS MODALIDADES CONTRATUAIS EM

42 SILVA NETO, Manoel Jorge. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 333.

QUE AUSENTE QUALQUER MARGEM NEGOCIAL NA DEFINIÇÃO DAS CLÁUSULAS. SUBMISSÃO A PRÉVIO PROCESSO LICITATÓRIO QUE, POR SI SÓ, NÃO SE ADÉQUA À HIPÓTESE.

Tese jurídica fixada:

I. Os contratos administrativos firmados em decorrência de processos licitatórios não obedecem, necessariamente, a “cláusulas uniformes”, identificadas na ressalva prevista no art. 54, I, alínea “a”, da Constituição Federal. A mera antecedência de licitação não se adequa à hipótese, ante a existência, ainda que limitada, de uma margem negocial entre os licitantes e a Administração, especialmente pela faculdade de questionar cláusulas e condições do instrumento convocatório (art. 41 da Lei 8.666/93), negociar o preço (art. 4º, XVII, da Lei 10.520/02), e postular a alteração bilateral do contrato (art. 65, II, da Lei n. 8.666/93).

II. A vedação destinada aos parlamentares excetua apenas os típicos contratos de adesão, assim compreendidos aqueles em que absolutamente todas as cláusulas – inclusive preço e prazo – são impostas unilateralmente por uma das partes, sem qualquer oferta ou manifestação de vontade do outro contraente, senão o puro aceite.

CASO CONCRETO. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE RECAUCHUTAGEM DE PNEUS AO MUNICÍPIO DE SERRA ALTA. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. QUADRO SOCIETÁRIO DA VENCEDORA INTEGRADO POR PARLAMENTAR FEDERAL. CONTRATO ESPECÍFICO QUE NÃO OBEDECE A CLÁUSULAS UNIFORMES. EXISTÊNCIA DE MARGEM NEGOCIAL, EMBORA LIMITADA, QUE ATRAI A VEDAÇÃO PREVISTA NO ART. 54, I, ‘A’, DA CF/88. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE NO ATO ADMINISTRATIVO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. ORDEM DENEGADA. (Destacamos).

A propósito, são estas as congruentes ponderações exaradas no voto do insigne Desembargador Relator:

Destarte, existe uma margem negocial, ainda que limitada, entre os licitantes e a Administração, nos contratos firmados a partir de prévio processo licitatório, inclusive na modalidade de pregão.

Ao menos três elementos sufragam esta percepção: as faculdades conferidas ao licitante de questionar cláusulas e condições do instrumento convocatório (art. 41 da Lei 8.666/93), negociar o preço (art. 4º, XVII, da Lei 10.520/02), e postular a alteração bilateral do contrato (art. 65, II, da Lei n. 8.666/93).

Em todos estes momentos, a participação de um parlamentar revela um inafastável potencial de influência decorrente dos predicados inerentes ao exercício do mandato – exatamente a circunstância que a Constituição Federal pretende impedir.

No tocante à faculdade de questionar cláusulas e condições do edital e da própria minuta do contrato objeto do certame (art. 41 da Lei 8.666/93), presente, de plano, o potencial conflito de interesses em relação ao dever de fiscalização do Poder Legislativo. Havendo interesse do parlamentar na contratação, a sua leitura do instrumento convocatório não será isenta, pautada única e exclusivamente pelos desígnios do interesse público, mas restará inafastavelmente afetada pelo interesse particular na contratação.

Quanto à faculdade de estipular o preço – e, no caso do pregão presencial, negociá-lo diretamente com o pregoeiro –, igualmente presente o caráter negocial no ajuste. A prerrogativa de atribuição do preço é efetivamente do licitante. Ainda que a Administração trace algum parâmetro máximo de valor ao objeto licitado, é o particular, na sua proposta, que efetiva a determinação do preço e consequentemente do parâmetro econômico-financeiro do contrato administrativo.

No que diz respeito, enfim, à possibilidade de alteração bilateral do contrato (art. 65, II, da Lei n. 8.666/93), o ambiente negocial é incontestado. Para muitos, é justamente na possibilidade de celebração de aditivos onde reside, em maior grau, a abertura à influência parlamentar.

A Lei de Licitações admite que o contrato administrativo seja modificado, no decorrer de sua execução, por ajuste entre o contratado e a Administração, especialmente para manter o equilíbrio econômico-financeiro ou ajustar a forma de prestação, prazo, condições específicas de cumprimento da avença.

A abertura negocial, obviamente, não é ampla e irrestrita. A lei traça situações de cabimento e limites quantitativos e qualitativos para os aditivos. Todavia, a generalidade e vagueza dos requisitos legais, em comparação com as demais normas atinentes à licitação e aos contratos

administrativos, confere ao instituto uma maior maleabilidade e dinamicidade, com maior ingerência do contratado.

Aliás, a prática demonstra que o rigor para a celebração de aditivos é consideravelmente menor em relação à pactuação inicial e normalmente intentada pelo próprio particular, como assevera Guilherme Jardim Jurksaitis:

“Não obstante a Administração ter a prerrogativa de impor unilateralmente mudanças contratuais, respeitando o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro, a experiência prática demonstra uma realidade mais complexa, em que as mudanças contratuais são amplamente discutidas entre as partes antes de serem implantadas. E **nem sempre é a Administração Pública quem provoca o particular para firmar um aditivo.** Pode acontecer de o particular solicitar mudanças na relação contratual original, a fim de ajustar seus deveres em face de eventos não previstos no momento da assinatura do contrato ou de meras expectativas que não se concretizaram, resultando na necessidade de incluir, suprimir ou adequar obrigações. **Nessas hipóteses, frequentemente o particular é o autor da minuta de aditivo e dos estudos que o embasam. E a Administração apenas decide aproveitá-los, ou não.**” (‘Uma proposta para melhorar os aditamentos a contratos públicos’, em *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. Org. Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 285).

Neste cenário, é inequívoco o potencial de influência do parlamentar na celebração de aditivo contratual, a atrair a vedação contida no dispositivo em debate.

Portanto, verificado que a Lei de Licitações admite uma margem negocial, ainda que limitada, entre o licitante e a Administração, reputo faltar ao contrato administrativo dela decorrente, em regra, o caráter adesionista próprio dos instrumentos com cláusulas uniformes, objeto da ressalva constitucional prevista no art. 54, I, “a”, da CF.

Interpretação contrária importaria conferir maior amplitude à exceção do que à própria regra. Afinal, a realização de processo licitatório é a diretriz na contratação pública. Conceber que a pura submissão às regras de uma licitação dote o contrato administrativo de cláusulas uniformes restringiria o impedimento parlamentar apenas às hipóteses de dispensa, inexibibilidade e contratações complexas

ou atípicas. Assim, restringe-se indevidamente a eficácia normativa do mandamento constitucional. (negritamos).

O entendimento vai ao encontro daquele adotado pelo Tribunal Superior Eleitoral, em precedente de lavra do então Ministro Sepúlveda Pertence:

RO – Recurso Ordinário nº 556 – RIO BRANCO – AC

Acórdão nº 556 de 20/09/2002

Relator(a) Min. Sepúlveda Pertence

Publicação: PSESS – Publicado em Sessão

Data 20/09/2002

RJTSE – Revista de jurisprudência do TSE, Volume 14, Tomo 2, Página 93

Ementa: I – Inelegibilidade (art. 1º, II, i, da LC 64/90): ressalva aos contratos que obedeçam às cláusulas uniformes: inaplicabilidade aos contratos administrativos formados mediante licitação. II – Inelegibilidade: função de direção de empresa: desincompatibilização inexistente. III – Não basta à desincompatibilização da função de sócio-gerente de sociedade, de que resulte inelegibilidade, que nessa condição, o candidato haja outorgado a terceiro poderes de gerir a empresa por mandato revogável, a qualquer tempo, por ato seu. Recuso provido. (Destacamos).

Vale transcrever excerto do esclarecer voto do Ministro Relator:

Não obstante, a mim me parece que contrato por licitação e contrato de cláusulas uniformes – ao menos no sentido em que utilizado na Constituição (art. 54, I, a) ou na regra de inelegibilidade –, são conceitos que “*lurient de se trouver ensemble*”.

Contrato de cláusulas uniformes é o chamado contrato de adesão, que, na lição de Orlando Gomes (Contratos. 11a ed., p. 118), é aquele no qual ‘uma das partes tem de aceitar, em bloco, as cláusulas estabelecidas pela outra, aderindo a uma situação contratual que encontra definida em todos os

seus termos. O consentimento manifesta-se com a simples adesão no conteúdo preestabelecido da relação jurídica’.

Derivam eles, nota Darcy Bessone (Do Contrato. 1960, p.82), ‘da adesão, sem prévia discussão, a um bloco de cláusulas elaborado pela outra parte’.

Na licitação, é certo, a administração pública pré ordena no edital uma série de cláusulas, às quais, atendendo ao convite, o concorrente presta adesão prévia.

Ocorre que jamais poderão as cláusulas do edital esgotar o conteúdo total do contrato a celebrar, pois, do contrário, não teria objeto a licitação.

Veja-se, no ponto, o precioso testemunho doutrinário de Caio Mário (Instituições de Direito Civil. 6a, III), igual ao do invocado pelo recorrido, quando observa que, ‘no contrato de licitação, a oferta traz a convocação dos interessados para apresentar suas propostas, nas quais, obrigados embora a submeter-se a certas condições fixas, pormenorizam as suas proposições quanto ao preço, prazo, etc, ficando o anunciante com a liberdade de escolher aquela que seja de sua conveniência e até de não aceitar nenhuma’ (f. 216).

O que se tem, portanto, é que, na formação do contrato administrativo, por licitações, suas cláusulas advêm, parcialmente, da oferta ao público substantivada no edital, que já contém estipulações prévias e unilateralmente fixadas, aos quais há de aderir o licitante para concorrer, mas, de outro lado, também daquelas resultantes da proposta do concorrente vitorioso, relativa aos pontos objeto do concurso, que, de sua vez, o Poder Público aceita ao adjudicar-lhe o contrato.

No contrato por licitação, por conseguinte, não há jamais o que é o caráter específico do contrato de adesão: prover a totalidade do seu conteúdo normativo da oferta unilateral de uma das partes a que simplesmente adere globalmente o aceitante: ao contrário, o momento culminante do aperfeiçoamento do contrato administrativo formado mediante licitação não é o de adesão do licitante às cláusulas pré-fixadas no edital, mas, sim o da aceitação pela Administração Pública de proposta selecionada como a melhor sobre as cláusulas abertas ao concurso de ofertas. (Negritamos).

Como visto, inconcebível o enquadramento do contrato administrativo precedido de licitação na ressalva insculpida no artigo 54, inciso I, alínea “a”, da Constituição da República, já que a toda evidência não deve ser tomado como absoluta expressão unilateral da vontade da Administração Pública.⁴³

Ora, as permissivas disponibilizadas ao licitante de questionar cláusulas e condições do instrumento convocatório, nos moldes previstos no art. 41 da Lei 8.666/93, bem como de pleitear posteriormente a alteração bilateral do contrato, com arrimo no

43 O contrato firmado entre a administração e o vencedor da modalidade de licitação denominada pregão, instituída pela Lei n. 10.520, de 17.7.2002, não é regido, necessariamente, por cláusulas uniformes. Tal conclusão sobressai dos próprios dispositivos dessa lei que, sobre a definição do objeto e do conteúdo do edital [...]. A lei prescreve que a definição do objeto será precisa e veda especificações que limitem a competição. Preceitua, ainda, que a fase externa do pregão terá início com a convocação dos interessados por edital, no qual constarão, entre outros elementos, “a minuta do contrato, quando for o caso”. Ora, se o legislador fala em minuta do contrato é porque o edital não esgota todo conteúdo do pacto, da avença, e deixa certa discricionariedade, ainda que limitada, pelas rígidas regras da licitação, de modo a permitir a adequação do contrato caso a caso. [...]. Os contratos de adesão, isto é, aqueles regidos pelas chamadas cláusulas uniformes, não permitem o exercício do direito de negociá-las pelo contratado. Neles, a parte que adere ao contrato não dispõe de meios para fazer valer sua vontade ao firmar o ajuste. A manifestação da vontade na espécie só pode ser expressa de duas formas: recusa ao contrato ou aceitação deste na sua integralidade, opção que submete totalmente a parte juridicamente mais frágil às cláusulas redigidas pela outra parte. [...]. Importa saber, então, se o contrato assinado entre a empresa fornecedora de medicamentos e a prefeitura municipal obedecia a cláusulas uniformes. [...]. Assim, na espécie vertente, os dados postos no acórdão são insuficientes para afastar as conclusões de que o edital não exauriu o rol das cláusulas contratuais e de que as cláusulas previstas na minuta de contrato nele publicadas são uniformes. Nele se afirma que o contrato assinado “seguiu o modelo constante do edital de pregão”, sendo “idêntico aos contratos assinados com as demais empresas, vencedoras dos outros lotes que foram objeto do mesmo pregão” Contudo, dessas premissas não se chega à conclusão a que chegou o TRE/PR, pois as contratadas impuseram sua vontade no contrato em pelo menos uma ou duas das cláusulas pactuadas: os preços dos medicamentos fornecidos e as formas de pagamento. Ora, se está provado terem as contratadas imposto sua vontade em pelo menos uma das cláusulas contratuais, o contrato não pode ser tomado como expressão unilateral da vontade da administração municipal. E, por ser assim, ele não é contrato regido por cláusulas uniformes, como o é aquele celebrado entre o consumidor de energia elétrica e a companhia de eletricidade. (sem grifo no original) (Voto-vista proferido pela Min. Cármen Lúcia no julgamento do AgRg no RESPE n. 35.642 no Tribunal Superior Eleitoral, em 12.04.2011, sob relatoria do Min. Ricardo Lewandowsky).

art. 65, II, da Lei n. 8.666/93, a toda prova afasta qualquer possibilidade de aceitação da equivocada ideia de que a totalidade do conteúdo normativo do contrato administrativo por licitação advém da oferta unilateral de uma das partes a que simplesmente adere globalmente o aceitante.

Se por um lado o edital/convite gera a convocação daqueles que se dispõe a contratar com a Administração, por outro confere a estes a oportunidade de apresentarem suas ofertadas que, embora submissas a certas condições fixas, avançam em relação ao preço, prazo, dentre outros aspectos.

E o que dizer, então, da possibilidade de posteriores aditivos ao contrato administrativo, seja para manter o equilíbrio econômico-financeiro, seja para ajustar a forma de prestação, prazo e condições específicas de cumprimento da avença? Desnecessário relembrar que são nas revisões contratuais que se materializa grande parcela das fraudes cometidas contra o erário, exatamente em razão da vagueza dos comandos legais que as disciplinam.

Portanto, é inegável a existência de uma margem negocial no contrato administrativo por licitação, apta a afastar a postura meramente pragmática de considerá-lo como “contrato com cláusulas uniformes” para os fins de interpretação do artigo 54, I, “a”, da CR/88.

Por fim, visando evitar ilações equivocadas a respeito do tema, cumpre ressaltar que não se está a sustentar qualquer vedação aos parlamentares de contratarem serviços públicos, tais como fornecimento de energia elétrica, água, esgoto, coleta de lixo, etc., já que estes são dirigidos indistintamente a todos os cidadãos ou a determinados segmentos sociais de forma objetiva.

2.3 – Do caso concreto.

Diante dessas ponderações, passa-se ao enfrentamento dos questionamentos do caso concreto, apresentados pelo órgão de execução de Sete Lagoas:

1) Os contratos firmados entre permissionários de transporte público coletivo são considerados de adesão?

Os contratos administrativos, enquanto representativos da vontade funcionalizada da Administração Pública, possuem natureza de contrato de adesão, conforme pontifica a doutrina. Segundo os expertos, os contratos administrativos representam uma espécie de “contrato-regulamento”, pois o Estado impõe as condições e cláusulas unilateralmente, sem liberdade de discussão das cláusulas. Repisa-se: esse é o posicionamento da doutrina, a qual incumbe o importante papel de aclarar e classificar os institutos jurídicos, mas que deve ser relativizado para os fins de interpretação do artigo 54, I, “a”, da CR/88.

2) Sobre tais contratos incidem as vedações contidas no artigo 54, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal e no artigo 175, § 3º, da Constituição do Estado de Minas Gerais?

Ainda que prevaleça a classificação doutrinária no sentido de considerar o contrato administrativo como contrato de adesão, é certo que essa condição, por si só, não traduz seu enquadramento na ressalva prevista no art. 54, I, alínea “a”, da Constituição da República. Como bem asseverou o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, encampando alguns precedentes judiciais, existe uma margem negocial entre os licitantes e a Administração Pública, nos contratos firmados a partir de prévio processo licitatório, mormente no que diz respeito ao preço e as possíveis alterações bilaterais dos contratos.

O artigo 54, I, “a” da CR/88 deve ser interpretado de modo a não torná-lo infrutífero, levando-se em consideração o espírito que ensejou sua alocação no texto constitucional. A vedação destinada aos parlamentares, portanto, somente deve ser excetuada para os típicos contratos de adesão, assim compreendido como aqueles em que uma das partes tem de aceitar, em bloco, as cláusulas estabelecidas pela outra, aderindo a uma situação contratual que encontra definida em todos

os seus termos. O consentimento manifesta-se com a simples adesão no conteúdo preestabelecido da relação jurídica.

Em arremate, considerando, ainda, que a Lei Orgânica do Município de Sete Lagoas repete, *ipsis litteris*, o comando da Constituição da República de 1988⁴⁴, **aos edis** sete lagoanos **é vedado firmar** ou **manter** contrato administrativo decorrente de processo de licitação pública, por não se tratar de contratos de cláusulas uniformes.

São essas, portanto, as ponderações que este Centro de Apoio Operacional julga pertinentes, sem efeito vinculante e respeitada a independência funcional do Promotor de Justiça natural.

Remeta-se cópia, via e-mail, ao órgão de execução ministerial solicitante, com posterior arquivamento do presente feito.

Registre-se e cumpra-se.

Belo Horizonte, 18 de fevereiro de 2019.

JOSÉ CARLOS FERNANDES JUNIOR

Promotor de Justiça

Coordenador do CAO – Patrimônio Público

44 LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE SETE LAGOAS – Art. 56. Os Vereadores não poderão: I – desde a expedição do diploma: a) firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes; (...).