

CONTRATO DE ADESÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Ivan Barbosa Rigolin

(nov/25)

I - Este tema de contratos ditos *de adesão* é pouco ventilado na doutrina do direito administrativo, a começar porque não pertence ao direito público mas ao direito privado, e por fim porque ao fim e ao cabo não parece ser muito habitual nas entidades públicas ⁽¹⁾.

Entretanto, com a visível e crescente mescla do público com o privado que se observa em nossos dias - e sobretudo em se tendo em vista a 'nova' lei de licitações e contratos - , merece alguma atenção.

Contrato de adesão é o apelido dos contratos de cláusulas uniformes, aquele que já tem as cláusulas preestabelecidas nalgum documento, e cabe à parte contratante aderir àquelas cláusulas, sem ter como as modificar - ou de outro modo não contrata.

As cláusulas são uniformes porque são as mesmas para todo e qualquer contrato, seja qual for o contratante;

¹ Ou, enfim, por ser tão simples e óbvio que apenas para escribas pouco aquinhoados, como este que vos fala, pode oferecer alguma dificuldade ...

quem contratar aceita as cláusulas sem as questionar, ou simplesmente não contrata.

Esses contratos são praticamente a regra única nos contratos de serviços públicos essenciais que sejam concedidos a particulares (os concessionários de serviços públicos), como fornecimento de energia elétrica, água, gás, transporte público, e outros ainda, nos quais o concessionário eventualmente concede isenção ou gratuidade à outra parte, mas por causa de norma legal que a tanto o obrigue, e não por vontade própria do concessionário.

São contratos todos 'amarrados' a alguma norma legal, começando pela lei e se espraiando por regulamentos de variada natureza e hierarquia. Não foi o concessionário que escolheu o valor da tarifa ou da taxa que o remunera, mas alguma norma legal prévia.

Uma vez estabelecido o valor e as condições da prestação do serviço, essas condições valem para todo e qualquer contratante ou usuário, sem negociação possível.

Existem entretanto, repetimos, regras paralelas, como as referidas isenções, meias-tarifas ou gratuidades, porém não decorreram da vontade da parte prestadora, e sim de norma jurídica.

II - Fala-se aqui em serviços, porque o contrato de adesão ou de cláusulas uniformes indica imediatamente um serviço, não obras nem preços de mercado de mercadorias ou bens

materiais à venda. Exemplo: o litro da gasolina custa ao consumidor até Y, podendo ser vendido por menos mas não por mais ⁽²⁾.

Quanto a produtos o equivalente ao contrato de cláusulas uniformes é o denominado *tabelamento de preços*: o governo estabelece o preço de venda de produtos, e o vendedor não pode vendê-los acima desse preço. Pode conceder descontos ao comprador, mas não ultrapassar o máximo governamentalmente estabelecido. É um tabelamento, portanto, de preços *máximos* ao consumidor.

Também serviços podem ser, e são frequentissimamente, tabelados pelo preço máximo, e os prestados por concessionários ao público em contratos de adesão geralmente o são, por exemplo: cada Kw/h de energia elétrica custa X, seja qual for a concessionária prestadora e seja qual for o usuário.

Trata-se portanto de (I) um contrato *de adesão* e ao mesmo tempo (II) de um contrato *de preço tabelado*.

O importante é saber que quando se envolvem serviços públicos os contratos entre prestador e usuário as condições e os preços dependem de lei e regulamentos; uma vez que estes são fixados nas normas legais, o usuário a eles apenas pode *aderir*, sem questionar nem negociar.

O usuário - seja público, seja particular - *encosta* no preço preestabelecido e *não chia...* ou simplesmente fica de fora.

² Já ocorreram no Brasil tabelamentos totais, em que os preços tinham de ser aqueles tabelados pelo Governo, não podendo ser vendidos por mais *nem por menos*. Por fatos assim justifica-se o que Charles De Gaulle - não confirmadamente - teria dito de nosso país: - *n'est pas un pays sérieux*. Dá vergonha o só lembrar esse fato histórico.

III - Existem contratos de adesão puramente entre particulares, com cláusulas e condições estabelecidas pelo prestador e sem nenhuma participação do poder público ?

A resposta é *sim*, e aos milhões.

Um evento produzido por empresa particular, como feiras, exposições, congressos, seminários, mostras e conclaves de qualquer outra natureza instituem preços do ingresso e da participação (stands, bancas) padronizados: x reais por metro quadrado.

Quem pagar o preço entra e participa; quem quiser discutir o preço padronizado é convidado a exhibir seus talentos em outra freguesia, e a porta de saída lhe é gentilmente apontada pela organização - que tem mais o que fazer.

Mesmo eventos institucionais, didáticos ou de aperfeiçoamento profissional, organizados por particulares, têm seus ingressos padronizados, inegociáveis. Pode a organização oferecer descontos por participação de determinado número mínimo de pessoas, ou gratuidades, mas essas são também regras do jogo, fixadas previamente e que valem para todo e qualquer interessado que se enquadre na situação de vantagem.

Ingresso de cinema ou de teatro é um contrato de adesão. Meio-ingresso ou a inteira gratuidade a quem preencha as condições preestabelecidas o são também, e são regras prefixada do esquema, válidas para quem for nas mesmas uniformes condições. No mais, não se negocia o preço, que é inelástico.

IV - O poder público, seria justo que ficasse privado de participar de incontáveis atividades institucionais e de relevante interesse público, promovidas e administradas pela iniciativa privada - nas quais tem absoluto e completo interesse em razão das matérias envolvidas -, apenas porque se trata de contratos de adesão, com cláusulas uniformes e inegociáveis ?

Não tem o menor cabimento essa ideia.

Sabe-se que a regra publicística, instituída e disciplinada pelo direito administrativo, é que as entidades públicas celebrem *contratos administrativos* e não civis - sempre que cabíveis jurídica e materialmente.

Contrato administrativo é uma espécie ou modalidade de contrato que se diferencia dos frequentíssimos contratos civis ou comuns - nos quais as partes desfrutam de pressuposta igualdade ou equivalência entre direitos e obrigações. (Trata-se de uma igualdade bastante relativa e teoricamente forçada porque o mundo e a vida são tudo menos igualitários, mas desse modo é visto pela doutrina).

O contrato administrativo, filho do direito administrativo que (também retoricamente) surgiu na França há cerca de dois séculos e meio, inspirado por um acidente ferroviário àquela ocasião, de trem estatal, que vitimou uma criança e que levou os tribunais franceses a entenderem que o direito civil era insuficiente para parametrar adequadamente o processo que se seguiu.

Esse acidente serviu de lastro e fundamento para que nada menos que um novo ramo do direito se instaurasse e em pouco tempo se estruturasse e se disciplinasse na Europa, e depois no

mundo institucionalizado: o direito administrativo, que, grosso modo falando, regula as relações entre o Estado e o cidadão.

Dali nasceu a regra generalizadamente aceita e acatada de que o interesse público prevalece sobre o(s) interesse(s) individual(is), e nessa condição de 'superioridade' o direito administrativo - e o contrato administrativo - merece institutos e regras diferenciadoras, e privilegiadoras do Estado ante o particular ⁽³⁾.

O contrato administrativo, que está previsto nos arts. 89 e seguintes da atual lei nacional de licitações - a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 - tem o seu principal traço distintivo na propositada e institucional *desigualdade de direitos entre as partes*. Essa é a sua marca, a sua excelência.

Sendo desiguais os direitos - ou seja, a Administração contratante tendo diversos direitos que o particular contratado não tem -, então aí está presente o contrato administrativo. Se não existir essa desigualdade inicial de direitos, então será tudo o contrato, menos administrativo.

³ Essa regra da prevalência do interesse público sobre o particular há de ser compreendida e aplicada muito técnica e restritivamente, e não constitui a parafernália, a *casa da sogra* ou a *festa do caqui* que muitos ditos especialistas apregoam aos quatro ventos. Nos países institucionalizados não existe direito coletivo ou público que exclua, prejudique ou impeça direitos e garantias individuais, que portanto não são públicos mas do cidadão, administrado com é pelo Estado.

No Brasil por exemplo os direitos e as garantias constitucionais do cidadão, previstas no art. 5º da Constituição de 1988, somente podem ser reduzidos ou prejudicados *por uma nova Constituição*, e nem sequer por emendas constitucionais, por força do que dispõe a própria Constituição, art. 60, § 4º, inc. IV. Mas por outro lado a matéria constitucional relativa à Administração pública - art. 37 e seguintes - é uma barafunda, uma verdadeira *zorra* que a cada momento é de um jeito e com uma conformação, a qual muitas vezes inverte a anterior. Nada é mais sólido que os direitos e as garantias individuais, e nada é mais mutável e menos sólido que o disciplinamento da Administração pública. Basta examinar o texto constitucional ao longo da sua conturbadíssima história.

Então, imaginar que sempre o direito público e o direito coletivo prevalecem sobre o direito civil dos cidadãos só se admite, talvez, em Marte no galáxia de Andrômeda, mas não no Brasil - e bem assim no mundo institucionalizado, a iniciar pelos Estados Unidos da América do Norte.

É como uma corrida em que um corredor sai com 50 metros de vantagem sobre os demais. São as chamadas cláusulas *exorbitantes* (porque exorbitam o direito comum) ou *derrogatórias do direito comum*. O que num contrato civil é um vício, no contrato administrativo é a sua principal característica.

Trata-se do que dispõe o art. 104 da lei de licitações - direitos que contratante tem, ficando *por cima da carne seca*, e que contratado não tem, ficando por baixo do referido jabá.

O que para o contratante representa direitos que só ele tem, para o contratado representa obrigações de fazer, de não fazer ou de suportar, conforme assim as denomina o direito civil.

Está errada essa regra desigualatória ? Não, está correta, porque a invenção foi exatamente essa, para excepcionar a, de outro modo pressuposta, igualdade entre as partes contratantes. Igualdade de direitos num contrato administrativo ? Comigo não, violão ...

Num contrato civil, ou num trabalhista, ou num comercial, a igualdade é pressuposta (se bem que, na prática e não a teoria, com todas as reservas deste mundo ...). Num contrato administrativo se as partes tiverem direitos iguais, então algo saiu errado, e aquilo não é contrato administrativo nem aqui nem no país do sol nascente.

V - A aceitação pelo poder público de contratos de cláusulas uniformes, ou de adesão, se dá por inexigibilidade de licitação, porque um dos pressupostos da existência do contrato de adesão é a existência de um único prestador, ou de um

único objeto, a ser contratado. Na imensa maioria das vezes, aliás, foi por ser o único fornecedor que ele pôde determinar unilateral e inegociavelmente o preço e as condições do contrato, tudo em atenção às suas particularidades.

Reza o art. 74 da lei nacional de licitações e contratos administrativos:

Art. 74 - É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

I - aquisição de materiais, equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo;

O inc. I, proverbialmente mal escrito mas que é claro o suficiente, apenas reza o lógico, e mesmo que inexistisse o direito aplicável seria o mesmo: como não pode haver disputa se o objeto ou o fornecedor for único, então não se pode exigir licitação de uma coisa consigo mesma, e o contrato deve ser celebrado diretamente entre o ente público interessado e o fornecedor único.

É o que se denomina inexigibilidade *real* ou *material*, em oposição às inexigibilidades *jurídicas* ou *formais*, cuidadas exemplificativamente nos demais incisos do art. 74 - que não é um elenco fechado mas aberto a novas possibilidades.

Então, se o produto é um curso técnico que cada prestador ministra com sua característica única e insuscetível de comparação com qualquer outra, esse produto entra na categoria de

único ou exclusivo, afastando a licitabilidade - porque, além de não se licitarem produtos únicos, também *não se licitam coisas desiguais*.

Se o objeto pretendido é um congresso, um seminário, um simpósio, uma convenção, um conclave ou qualquer evento similar que tenha características inconfundíveis com as de qualquer outro evento congênere, então se torna ilícitável.

Se se trata de um material, um equipamento ou um gênero único - seja dentro de sua categoria, seja isolado de qualquer contexto -, então *ipso facto* se faz ilícitável a sua compra, ou a sua locação.

No contrato de adesão temos praticamente sempre a presença de objetos únicos, majoritariamente serviços, oferecidos de maneira singular por cada prestador ou vendedor. Não é porque existem diversos prestadores de um curso técnico e especializado que se o poderá comparar com outros similares e licitar, uma vez que cada prestador tem um produto - que é técnico e especializado - afinal diferente a oferecer ao mercado.

Cada prestador oferece um serviço diferente - e por vezes muito diferente - dentro da área de especialização que pode ser a mesma: o que singulariza a prestação é a pessoa do prestador, com sua técnica particular, seus métodos e seu aparelhamento institucional específico ⁽⁴⁾.

Assim, serviços técnicos especializados que, exatamente por serem técnicos e especializados, não integram

⁴ Mas que, por gentileza, ninguém procure mais na lei de licitações a mil vezes maldita e execrável menção a *natureza singular do serviço*. Não existe mais, e sua exclusão da lei atual se deveu ao festival de deturpações que essa expressão conceitual sofreu ao longo de décadas em nosso país, e à vasta legião de vítimas da sua tendenciosa aplicação. O diabo a carregou, como fez com a imperdoável *improbidade culposa* que constava da lei sobre a improbidade administrativa.

nenhuma linha de montagem, ou produção em massa e indiferenciada seja qual for o público - porém realizam trabalho individualizado a cada ocasião, e inimitável *até mesmo pelo próprio prestador* -, em geral têm o preço fixado para ensejar contratos de adesão, por exemplo as inscrições.

Daí, falta completamente até o menor sentido numa eventual pretensão de se colocar em competição aquele trabalho que, por vários motivos referentes sobretudo à pessoa do prestador, acaba sendo único na sua realização.

Tendo justificado interesse nesse produto - e o que se recomenda neste momento é *caprichar na justificativa* -, o poder público pode aderir ao contrato e valer-se do serviço especializado ou do bem material.

Não prestigia nenhuma lógica imaginar alguma proibição pela qual a que a Administração fique privada de eventos ou de iniciativas, promovidos por particulares do ramo respectivo e de altíssimo interesse público, apenas porque os contratos são de adesão ou de cláusulas uniformes - como de resto dificilmente poderiam ser diferentes disso.

Tentar obstar que o ente público celebre contratos de adesão, apenas porque são de adesão e porque não contêm cláusulas de privilégio ao mesmo poder público, é procurar pelo em ovo, chifre em cabeça de cavalo ou recheio em pastel de rodoviária.

Sin ir más lejos.